



110.018-2002

Bogotá, D.C., 11 de Julio 2002
110

110.018-2002

110.018-2002

110.018-2002

Doctor
ÁLVARO BARRAGÁN RAMÍREZ
Director de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva
Contraloría de Bogotá, D.C.
Carrera 35 No. 26-18 piso 11
Edificio Lotería de Bogotá
Ciudad

Ref.: Oficio No. 50000-006012 de fecha 9 de mayo de 2002.
Solicitud de Concepto - Acción de Responsabilidad Fiscal y Acción de repetición: naturaleza y presupuestos para su ejercicio

Apreciado Doctor,

Por medio de la presente, y en desarrollo de la función de conceptualización asignada a esta dependencia, me permito efectuar las siguientes reflexiones en relación con las inquietudes planteadas por ese organismo de control fiscal.

1.- LA CONSULTA.-

En su escrito de fecha 9 de mayo de los corrientes, se ha solicitado a esta Oficina emitir concepto sobre la posibilidad de ejercer la acción de responsabilidad fiscal en eventos en que se produce una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, que conlleve el pago de una suma de dinero con cargo a los recursos del erario, toda vez que, de acuerdo con sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado de fecha 26 de julio de 2001, se ha concluido que en esos supuestos la única actuación procedente es la acción de repetición, o en dado caso, el llamamiento en garantía, de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución y desarrollada por la Ley 678 de 2001, siempre que se advierta que la "condena" se produjo por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente estatal.

57

Se destaca en la consulta que la posición adoptada por el Consejo de Estado ha sido retomada recientemente por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al decidir la acción de nulidad promovida en contra de actos proferidos como conclusión de un proceso de responsabilidad fiscal, que fue adelantado por la Contraloría Distrital con ocasión a la condena que por despido injusto le fuera impuesta al Distrito - Secretaría de Obras Públicas-, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá¹. En la referida sentencia, se decidió anular la actuación analizada con fundamento en los argumentos expuestos en la sentencia proferida por el Consejo de Estado y se indicó que, toda vez que la decisión administrativa que dio lugar a la condena la produjo el nominador, tal actuación no comporta gestión fiscal y por ende, no puede ser cuestionada a través del proceso de responsabilidad fiscal.

Partiendo del reconocimiento de que los efectos de esta sentencia son inter partes, se pregunta si es posible que la Contraloría Distrital pueda sustraerse del inicio de la acción de responsabilidad en esta clase de eventos, amparados en el pronunciamiento proferido por el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, así como en la doctrina del derecho viviente, expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C-557 de 31 de mayo de 2001. Respecto de esta posibilidad, solicita el consultante tener en cuenta que ella puede conllevar el desconocimiento de lo establecido en la Ley 610 de 2000, que le reconoce naturaleza autónoma e independiente a la responsabilidad fiscal y que permite calificar como acto de gestión fiscal las novedades de personal que se producen en una entidad toda vez que generan efectos fiscales con afectaciones presupuestales y de recursos de la entidad nominadora.

2.- FUNDAMENTOS.-

Con el objeto de absolver las inquietudes planteadas en su escrito, se estima necesario efectuar el análisis que a continuación se realiza:

2.1.- De la responsabilidad de los servidores públicos, responsabilidad fiscal.-

Es un principio general de derecho que quien causa daño a otro en forma

¹ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sentencia de 4 de abril de 2002. Expediente No. 010221. Actor: Jaime Alfonso Núñez P. Magistrado Ponente Carlos Enrique Moreno Rubio.

injusta se encuentra obligado a repararlo (*neminem laedere*). En las sociedades fundadas en el respeto de las garantías y derechos fundamentales, prima el deber actuar de forma prudente y cuidadosa para que no se afecten injustamente los derechos de terceros. De lo contrario, quien actúe con desatención de ese postulado, responde en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, lo que por regla general conlleva el resarcimiento de los perjuicios que se ocasionen.

Sobre este principio se estructura la responsabilidad en los sectores público y privado y encuentra sustento en los artículos 6º, 78, 90, 91, 95 numeral 1º y 123 de la Constitución Política, principalmente. De acuerdo con estas disposiciones, los particulares responden de conformidad con lo establecido en la Constitución y en la Ley; el Estado, siempre que se ocasione un daño antijurídico a un particular y, el servidor público, por toda, extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones, siendo mucho más exigente el régimen de responsabilidad aplicable a estos últimos y a aquellos particulares que participan en el ejercicio de funciones públicas², toda vez que actúan en

² Es de recordar que sobre el ejercicio de funciones públicas, ha indicado la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-563 de 7 de octubre de 1998, con ponencia de Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz: "Según la idea que fluye del art. 123 de la Constitución, servidor público es toda persona que ejerce a cualquier título una función pública y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, así como las personas vinculadas al Estado mediante relaciones laborales especiales, según lo determine el legislador (C.P. arts. 123 y 125). Los particulares pueden ejercer funciones públicas, en forma temporal o permanente, como se deduce de los artículos 123, inciso tercero y 210, inciso segundo. No resulta exótico, por lo tanto, que el legislador califique de servidores públicos a los particulares que desarrollan funciones públicas, aun cuando no por ello se les deba encajar necesariamente dentro de las mencionadas especies constitucionales es decir, miembro de corporación pública, empleado o trabajador oficial, porque el legislador puede establecer diferentes categorías de servidores públicos. Lo que coloca al particular en la situación de servidor público, no es concretamente el vínculo que surge de la relación, importante o no, con el Estado, sino de la naturaleza de la función que se le atribuye por ministerio de la ley, la cual fija la índole y alcance de la relación jurídica." "[...] 3.8. La comunidad de ideales y de problemas que comparten y afrontan el Estado y la sociedad civil ha determinado la búsqueda de soluciones comunes a las necesidades colectivas, donde el esfuerzo mancomunado y creativo tiende a reemplazar las oposiciones y diferencias, que antes eran naturales. Es dentro de la anterior concepción, como se ha hecho posible la colaboración de los particulares en el desempeño de ciertas funciones o actividades públicas, sin que éstas ni el sujeto que las ejecuta se desnaturalicen. En este sentido ha señalado la Corte: "De allí resulta que, sin desconocer la libertad de las personas en su iniciativa y en sus actividades económicas y laborales, la Constitución haya previsto formas de vinculación de los particulares a la gestión de intereses y asuntos públicos sin que en virtud de ella pierdan su condición

nombre y representación del Estado en el cumplimiento de sus cometidos constitucionales y, en su actuación, se encuentra inmerso el interés general.

Para los efectos de esta consulta, corresponde analizar el tratamiento que se da en la Constitución y en la Ley a los servidores públicos y a los particulares que desempeñen funciones públicas o tengan a su cargo el manejo de fondos o bienes públicos, ya que ellos están sujetos a diversos regímenes de responsabilidad que son autónomos e independientes entre sí y se pueden hacer efectivos a través de múltiples herramientas como las acciones disciplinaria, fiscal, penal, de repetición, etc., de fuente constitucional y reglamentadas por la Ley. En esta materia, se debe advertir que el legislador cuenta con la facultad para definir los regímenes de responsabilidad específicos a los cuales se encuentra sujeto quien desempeñe funciones públicas.

Ahora bien, si de una debida planeación y ejecución de las tareas públicas depende la satisfacción de las necesidades generales y la legitimidad de las instituciones democráticas, no es de extrañar que en la Constitución de 1991 el Estado colombiano, comprometido en la realización de los cometidos estatales, haya exigido mayor responsabilidad a quienes se encomienda el manejo del Estado y el ejercicio de funciones públicas, independientemente de que la actividad desarrollada se realice en el nivel directivo, ejecutivo, asesor, profesional o técnico, aun cuando la ubicación del cargo o la naturaleza de la función pueda incidir en la definición de la responsabilidad y en la graduación de las sanciones o en la imposición de obligaciones de carácter pecuniario.

Es por ello que en nuestro ordenamiento jurídico una misma conducta del servidor público se puede analizar desde diferentes ópticas, dependiendo de la naturaleza de la actuación realizada, los efectos que ocasione la conducta, el bien jurídicamente tutelado, el propósito de la acción, entre otros, y dar lugar a la aplicación de diferentes consecuencias jurídicas, sin que por ello se desconozca el principio *non bis in idem*³. Ello explica que la conducta del

privada" [...]3.9. Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular. Sin embargo, en este evento su situación jurídica se ve afectada en virtud de las responsabilidades que son anejas a quien cumple funciones de la indicada naturaleza."

³ En este sentido ha indicado el Consejo de Estado en concepto 846 de 1996 de la Sala de Consulta y Servicio Civil: "...2.1. La responsabilidad de los funcionarios públicos, puede

servidor público pueda ser cuestionada y sancionada penalmente; susceptible de ser revisada fiscalmente dando lugar al resarcimiento del perjuicio causado al erario o a la imposición de sanciones fiscales, si la conducta realizada conlleva actos de gestión fiscal; patrimonialmente, si el comportamiento del servidor público se ubica dentro de los supuestos contemplados en el artículo 90 de la Carta y, disciplinariamente, si se afectan los deberes funcionales sin justificación alguna.

A pesar de cada una de estas acciones es autónoma e independiente de las otras y tiene naturaleza propia, lo primero que se debe tener en cuenta es que a través de las tres primeras es posible obtener la reparación patrimonial por los perjuicios ocasionados al erario⁴. Por ello, siempre que exista conducta penalmente cuestionable que afecte el patrimonio público es deber de la entidad afectada constituirse en parte civil dentro del proceso penal. En esos eventos, mediante la constitución de parte civil se persigue el reconocimiento de los perjuicios ocasionados al patrimonio público en los términos establecidos en el Código Civil y puede afectar el patrimonio privado de quienes resulten responsabilizados con ocasión a la comisión del ilícito; si la conducta conlleva el ejercicio de gestión fiscal y con ella se ocasionan pérdidas,

tener como causa la infracción de la Constitución o de la ley; también la extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones (artículo 60. de la Carta). Corresponde a la ley determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (artículo 124 ibídem). Esta responsabilidad puede revestir diversas modalidades o tipos según sea la naturaleza del acto que la origine: de tipo político, penal, administrativo o disciplinario, civil o fiscal. 2.2. La responsabilidad política es imputable a funcionarios del Estado, cuando observen una conducta que atente contra el interés general previsto en la Constitución y las leyes; la penal si el acto irregular del servidor público se encuentra tipificado como conducta punible; la administrativa o disciplinaria si se origina por la inobservancia de los deberes derivados de la calidad del servidor público; la responsabilidad civil se configura cuando el acto irregular del agente causa un daño a terceros, cuya sanción está prevista por el derecho privado; y la responsabilidad fiscal nace cuando por una indebida gestión administrativa se genera un daño económico o patrimonial a la administración. Un mismo hecho o un comportamiento irregular del funcionario oficial puede ser generador de más de una de las especies de responsabilidad; esto puede ocasionar la aplicación de diversas sanciones sin que por ello se viole el principio non bis in idem porque con cada una de tales especies se protege un bien jurídico diferente."

⁴ Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 734 de 2002, actual Código Disciplinario Único, la Ley 200 de 1995 en el numeral 2° de su artículo 30 contemplaba la posibilidad de imponer sanciones accesorias como la orden de "Devolución, la restitución o la reparación, según el caso, del bien afectado con la conducta constitutiva de falta, siempre que ella no se haya cumplido en el proceso penal, cuando la conducta haya originado las dos acciones.". Hoy en día la denominación "sanciones accesorias" ha sido eliminada y la circunstancia descrita por el aludido numeral constituye un criterio para la dosificación de la sanción imponible.

mermas o deterioros que afecten el patrimonio público, la acción de responsabilidad fiscal garantiza el resarcimiento del daño ocasionado, afectando obviamente el patrimonio privado de las personas responsabilizadas, quienes responden hasta el grado de culpa leve⁵ y, finalmente, de ejercerse la acción de repetición, el Estado obtiene la devolución de lo pagado con ocasión a la condena impuesta a su cargo, con lo cual también resulta afectado el patrimonio privado de quien por dolo o culpa grave, dio lugar a la condena. De donde es claro que todas estas acciones han sido concebidas con el objeto de garantizar la indemnidad del patrimonio público, su fuente es constitucional o legal, parten de supuestos de culpabilidad distintos y, obviamente, el ejercicio de una de ellas no excluye, ni desplaza, el ejercicio de la otra, como bien lo ha reconocido la Corte Constitucional en diferentes oportunidades.

La acción de responsabilidad fiscal, -de origen constitucional y cuyo ejercicio ha sido atribuido a los organismos de control fiscal en el numeral 5º del artículo 268 de la Carta, que se debe leer en concordancia con lo establecido en el inciso 5º del artículo 272 *ibidem* y con las facultades asignadas a la Auditoría General de la República-, es procedente en contra de las personas responsables del manejo del erario, es decir aquellos a quienes se les ha confiado su recaudo, custodia, inversión, etc., cuando en ejercicio de la gestión fiscal han obrado con dolo o culpa y han dado lugar a que se presenten pérdidas, mermas o deterioros sobre el patrimonio público, pues como lo ha reconocido la Corte Constitucional:

[e]l nuevo espectro constitucional ha puesto al ordenador del gasto en un rango de autonomía e independencia ampliamente favorable a los designios de la gestión fiscal que le atañe, con unas responsabilidades correlativas que atienden a la defensa de diversos bienes jurídicos tales como los referidos a la Administración y al Tesoro Público. Claro que este orden de cosas no le incumbe con exclusividad al ordenador del gasto, dado que el circuito de la gestión fiscal involucra a todos los servidores públicos que tengan poder decisorio sobre los bienes o rentas del Estado. Criterios éstos que en lo pertinente cobijan a los particulares que manejen fondos o bienes del Estado.

⁵ El artículo 1º de la Ley 610 de 2000, define la acción de responsabilidad fiscal en los siguientes términos: "El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por los contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado."

[. . .] Teniendo en cuenta que la administración del tesoro público supone una mayor responsabilidad para el servidor que la realiza, quien incurra en algún acto irregular sobre el manejo de bienes y recursos públicos adquiere además de la responsabilidad disciplinaria y penal una de tipo fiscal ante el órgano de control fiscal, el cual ejercerá la potestad sancionatoria pecuniaria con la correlativa jurisdicción coactiva, reconocidas constitucionalmente en relación con las personas que ocasionen un daño al erario y para definir la forma resarcirlo (num. 5o.), debiendo promover, así mismo, las investigaciones penales o disciplinarias pertinentes a que haya lugar, ante las autoridades competentes (num. 8o.).⁶

Según se indicó, por tratarse de la responsabilidad que se desprende del inadecuado manejo del recurso público, del cual depende la atención y satisfacción de las necesidades generales, el grado de culpabilidad es mucho más exigente que aquél que se predica de los demás servidores y particulares que cumplen funciones públicas; por esta razón, la Corte Constitucional ha reconocido que el grado de culpabilidad aplicable en esta materia es el de la culpa leve⁷. En torno a su naturaleza, características y procedencia, ha precisado la Corte Constitucional:

[. . .] 6.1. Como función complementaria del control y de la vigilancia de la gestión fiscal que ejerce la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales, existe igualmente, a cargo de éstas, la de "establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma", la cual constituye una especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público, e incluso a los contratistas y a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado (arts. 6, 29, 90, 121, 123 inciso 2, 124, 267, 268-5 y 272 C.P., 83 y 86 de la ley 42 de 1993)".

6.2. Es decir, que la responsabilidad fiscal podrá comprender a los directivos de las entidades y demás personas que profieran decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, y a los contratistas y particulares a los cuales se les deduzca responsabilidad

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001. Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-840 antes citada.

dentro del respectivo proceso, en razón de los perjuicios que hubieren causado a los intereses patrimoniales del Estado.

Dicha especie de responsabilidad es de carácter subjetivo, porque para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa.

6.3. La responsabilidad fiscal se declara a través del trámite del proceso de responsabilidad fiscal, entendido como el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que adelantan las contralorías con el fin de determinar la responsabilidad que le corresponde a los servidores públicos y a los particulares, por la administración o manejo irregulares de los dineros o bienes públicos. De este modo, el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culpable.

[. . .] El proceso de responsabilidad fiscal, atendiendo su naturaleza jurídica y los objetivos que persigue, presenta las siguientes características:

a) Es un proceso de naturaleza administrativa, en razón de su propia materia, como es el establecimiento de la responsabilidad que corresponde a los servidores públicos o a los particulares que ejercen funciones públicas, por el manejo irregular de bienes o recursos públicos. Su conocimiento y trámite corresponde a autoridades administrativas, como son: la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales y municipales.⁶

b) La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas, por el incumplimiento de los deberes que les incumben, o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos públicos y lesionan, por consiguiente, el patrimonio estatal.

Dicha responsabilidad es, además, patrimonial, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la

⁶ Así mismo, dicha actividad debe ser desplegada por la Auditoría General de la República, una vez fue organizada como organismo autónomo en cumplimiento de la sentencia C-499 de 15 de septiembre de 1998, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

respectiva entidad estatal.

Adicionalmente, la declaración de la referida responsabilidad tiene indudablemente incidencia en los derechos fundamentales de las personas que con ella resultan afectadas (intimidación, honra, buen nombre, trabajo, ejercicio de determinados derechos políticos etc.).

c) Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo art. 81, ley 42 de 1993). En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94⁹,¹⁰

Pero, ¿qué se entiende por gestión fiscal, elemento sobre el cual gira la acción analizada? La jurisprudencia también se ha encargado de explicar el contenido de este concepto en los siguientes términos:

[. . .] De conformidad con la idea generalmente aceptada de que el fisco o erario público está integrado por los bienes o fondos públicos, cualquiera sea su origen, el concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición.

Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y,

⁹ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-620 de 13 de noviembre de 1996. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell. Resaltado por fuera del texto. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en las sentencias C-054 de 1997 y C-840 de 2001.

finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración (Ley 42 de 1993, arts. 8, 9, 10, 11, 12 y 13).¹¹

Recientemente, en la sentencia ya aludida, la misma Corporación precisó:

[...] se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.

Por lo tanto, cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólido o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. Circunstancia por demás importante si se tienen en cuenta las varias modalidades de asociación económica que suele asumir el Estado con los particulares en la fronda de la descentralización por servicios nacional y/o territorial. Eventos en los cuales la actividad fiscalizadora podrá encontrarse con empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados particulares¹², sin que para nada importe su específica condición cuando quiera que los mismos tengan adscripciones de gestión fiscal dentro de las correspondientes entidades o empresas.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-529 de 11 de noviembre de 1993. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Tal como ocurre en relación con los empleados de las empresas de servicios públicos mixtas; y de las empresas de servicios públicos privadas que incorporen aportes estatales, (arts. 14, numerales 6 y 7, y 41 de la Ley 142 de 1994).

Bajo tales connotaciones resulta propio inferir que la esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata¹³.

Debe resaltarse que la Sala de Consulta y Servicio Civil se había pronunciado en similares términos al indicar:

[E]l objeto de la responsabilidad fiscal consiste en que las personas encargadas de la recaudación, manejo o inversión de dineros públicos o de la custodia o administración de bienes del Estado, que por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, asuman una conducta que no está acorde con la ley -o cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas por aquélla-, deberán reintegrar al patrimonio público los valores correspondientes a todas las pérdidas, mermas o deterioros que como consecuencia se hayan producido.¹⁴

Ahora bien, actualmente la Ley 610 de 2000 que regula el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal ha definido, con apoyo en diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, el concepto, naturaleza, elementos y procedimiento aplicable en la materia. En el parágrafo 1º del artículo 4º establece, que “[l]a responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad”, postulado que obviamente cobija la acción de repetición¹⁵. No puede pasarse por alto que el

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-840 antes citada.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 732 de 3 de octubre de 1995. Consejero Ponente Javier Henao Hidrón.

¹⁵ En este mismo sentido ha indicado la Corte Constitucional en sentencia C-840 de 2001: “4. El proceso de responsabilidad fiscal. Dicho proceso permite establecer la responsabilidad de quien tiene a su cargo bienes o recursos sobre los cuales recae la vigilancia de los entes de control, con miras a lograr el resarcimiento de los daños causados al erario público. De esta forma, el proceso de responsabilidad fiscal está encaminado a obtener una declaración jurídica en el sentido de que un determinado servidor público, o particular que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los dineros públicos. El proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa; de ahí que la resolución por la cual se decide finalmente sobre la responsabilidad del procesado constituya un acto administrativo que, como tal, puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa. En este orden de ideas la responsabilidad que se declara a través

concepto de gestión fiscal se encuentra definido en la ley mencionada y a la luz de esa norma, no sólo son susceptibles de ser responsabilizados fiscalmente quienes hayan realizado gestión fiscal, sino adicionalmente cualquier persona que actúe con ocasión a la gestión fiscal y contribuya a la realización del detrimento, en el condicionamiento realizado por la Corte en la sentencia de varias menciones en este escrito.

2.2.- Etiología de la responsabilidad que da lugar al ejercicio de la acción de repetición.-

Ahora bien, la acción de repetición, creada constitucionalmente en el artículo 90 de la Constitución Política, ha sido concebida para obtener la devolución de la suma que ha debido pagar el Estado con ocasión a la condena que le ha sido impuesta a éste, cuando el servidor público ha actuado con dolo o culpa grave, pues se reconoce que no obstante que el Estado debe responder por toda lesión que sufran los particulares siempre que sea consecuencia del funcionamiento anormal de su actividad o de una carga especial, de igual forma le asiste el derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado en forma grosera irrogando perjuicios a los ciudadanos. Es de aclarar que la Ley 678 de 2001 contempla la posibilidad del llamamiento en garantía.

En esta acción se parte del reconocimiento que en toda actuación del Estado va envuelto un margen de error de las autoridades públicas con incidencia en el patrimonio de los particulares que debe ser cubierto en su totalidad por el Estado, salvo aquél que provenga de la mala fe o de la falta de diligencia y cuidado que aún las personas poco prudentes observan en la atención de sus asuntos personales. De esta manera, es posible afirmar que la responsabilidad a cargo del Estado es indirecta y calificada, por cuanto responde por los hechos, omisiones y operaciones administrativas realizados por sus funcionarios que ocasionen daños a los particulares, reservándose la facultad de repetir en contra del verdadero causante del daño, siempre que se cumplan los supuestos exigidos por el artículo 90 de la Carta.

del proceso fiscal es eminentemente administrativa, dado que recae sobre la gestión y manejo de los bienes públicos; es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obró con dolo o con culpa; es patrimonial y no sancionatoria, por cuanto su declaratoria acarrea el resarcimiento del daño causado por la gestión irregular; es autónoma e independiente, porque opera sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad; y, finalmente, en su trámite deben acatarse las garantías del debido proceso¹⁵ según voces del artículo 29 Superior." Resaltado y subrayado por fuera del texto-

En las discusiones adelantadas al interior de la Asamblea Nacional Constituyente en relación con el proyecto de norma que se convertiría en el artículo 90 constitucional¹⁶, -que finalmente acogió los planteamientos expuestos por varios Constituyentes-, se expresó lo siguiente:

[. . .] Puedo completar su pensamiento. Yo comparto la misma preocupación de que no habrá muchos funcionarios, muchas personas que quieran aceptar cargos públicos con esta responsabilidad tan grande, y que aquí no hay seguros para cubrir esos riesgos, entonces no sé si sería posible que redujéramos un poco la responsabilidad del funcionario comprometiéndolo sólo en caso de culpa grave o dolo.

Si simplemente dejáramos como lo propone el doctor Echeverri, que el Estado repitiera contra el funcionario, en cualquier situación, pues tenemos que pueda llegar a que ninguna autoridad del Estado tome decisiones y, ahí sí es peor, es decir, que resultamos creando un mal mucho más grande que el que aspiramos a corregir, por ejemplo, se planteaba un proceso que es muy normal contra el Estado colombiano, el llamado proceso de plena jurisdicción, por despido arbitrario de funcionarios de carrera; si esto aparece nadie se va a atrever a declarar insubsistente o va a votar a un funcionario público, porque sabe que viene una demanda y que de pronto le pueden repetir contra él, entonces estaríamos dejando prácticamente al Estado en la inercia total, paralizándolo, y entonces el mal, repito, que aspiramos a corregir terminaría; de ahí surgió la fórmula de colocar, de que tenta que haber la demostración de que el funcionario es realmente responsable, hay culpa grave, y que solamente eso lo podría determinar un juez; entonces cual sería el procedimiento? El procedimiento sería: siempre que un particular reciba un daño del Estado, el Estado tiene que pagar una indemnización; entonces, el Estado debe a su vez, si considera que el funcionario que le causó ese daño, debe proceder a través de un juicio en contra de ese funcionario [. . .]"¹⁷

¹⁶ El proyecto de norma original presentado por el doctor JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, ante la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente y que corresponde al artículo 7° de la ponencia se pretendía establecer: "7.- La responsabilidad de las autoridades públicas y del Estado.- Artículo.- Las autoridades públicas serán responsables por la infracción de la Constitución y de las Leyes y por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones. Cualquier persona podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las correspondientes sanciones penales o disciplinarias. Cuando sea procedente, también podrá demandar ante el juez competente que se ordene a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. La demanda podrá dirigirse indistintamente, contra el Estado, la autoridad pública o uno y otra. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste."

Es necesario recordar que en materia de responsabilidad civil extracontractual, cuando una persona responde en forma indirecta por los daños ocasionados por sus dependientes, conserva el derecho a repetir en contra de éste por la totalidad del valor cancelado, independiente del grado de culpa con que hubiese actuado¹⁸. Fue así como se decidió, por parte del Constituyente, limitar la posibilidad de deducir responsabilidad patrimonial tan sólo a los eventos en que el funcionario hubiese actuado en imputaciones subjetivas extremas y, como consecuencia de tal actuación, se haya condenado al Estado, decisión que bien podía tomar la Asamblea Nacional Constituyente en consideración a argumentos como los expuestos por el Constituyente antes citado y que han sido recogidos por la doctrina nacional, en los siguientes términos:

[. . .] La importancia de que el funcionario sufra también las consecuencias pecuniarias de su hecho dañoso es decisiva, pues esto constituye un elemento fundamental para fijar límites concretos a la negligencia y arbitrariedad eventuales de las autoridades públicas. Como dice con acierto Hauriou: "No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad; sí, desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios."¹⁹

[. . .] Si bien es cierto, por expreso mandato legal (art. 78 del C.C.A.), se

¹⁷ Intervención del Constituyente Miguel Santamaría Dávila.

¹⁸ En este sentido el artículo 2352 del Código Civil establece: "Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho a ser indemnizados sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que causó el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de cometer delito o culpa según el artículo 2346." En estos eventos, responde el subordinado en forma directa en los términos establecidos en el artículo 2341 del C.C., que se reiteran en el artículo 2346.

¹⁹ DEL DAÑO. Autores Varios. Editora Jurídica de Colombia, Primera Edición 2001, Página 45. Documento: "Responsabilidad de los funcionarios por el daño antijurídico" - Gustavo Penagos.

puede en este tipo de acción demandar a la entidad pública o al funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa comprometió la responsabilidad del ente al cual esté adscrito o a ambos (como sucedió aquí), no es menos cierto que en esta última eventualidad no puede hablarse de solidaridad entre la persona pública y su servidor, porque, en el fondo, este último es la administración misma; en otros términos, porque la persona pública y su funcionario son una sola persona, ya que aquella actúa a través de éste; y para que exista solidaridad debe darse por activa y por pasiva, la pluralidad de sujetos. No obstante lo dicho la antecitada norma permite demandar al funcionario cuando éste con su conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones cause perjuicios que deban resarcirse. Por voluntad de la Ley, no se le da entrada a la solidaridad por pasiva entre la administración y el funcionario que haya actuado con dolo o culpa grave. Lo que no sucede en el campo de la responsabilidad contractual, donde de manera expresa la ley (art. 293 del decreto 222 de 1983) habla de solidaridad entre la administración contratante y el funcionario. Los artículos 77 y 78 del C.C.A., aunque anteriores al artículo 90 de la nueva Carta, continúan vigentes porque no sólo coliden con éste, sino porque se ajustan a su mandato, el cual inequívocamente contempla la acción de repetición, en defensa del patrimonio estatal, como sanción para el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones causó perjuicio.

Se estima, entonces, que para la prosperidad de la repetición deberá no sólo resultar probada la culpa grave o el dolo del funcionario vinculado al proceso, sino que precisamente, por dicha conducta cumplida en el ejercicio de sus funciones, se causó daño a la persona demandante. Se entiende, asimismo, que una vez cumplida la obligación por la entidad, ésta deberá repetir contra el funcionario por lo que le correspondiere. Por mandato legal se responsabiliza directamente a la administración y se le impone a ésta la obligación de repetir contra el funcionario cuando resulte demostrado que la conducta dolosa o gravemente culposa de éste causó, en todo o en parte, los perjuicios reclamados. En otras palabras, se cita al funcionario para que en el evento en que resulten coobligados la administración y el funcionario, pueda aquélla repetir.²¹

En consecuencia, del texto del artículo 90 de la Constitución Política es posible deducir que:

- 1.- El Estado responde por todo daño antijurídico que se cause por la acción o la omisión de las autoridades públicas, y,

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de fecha 9 de diciembre de 1993 proferida por la Sección Tercera. Proceso No. 7818.

- 2.- El funcionario que haya ocasionado el daño responde patrimonialmente siempre que el Estado haya sido condenado a su reparación y su actuación pueda ser calificada como dolosa o gravemente culposa²¹.

Por ello también, la acción de repetición ha sido dotada de una identidad propia, al punto de que se le ha diferenciado de otras acciones cuyo ejercicio conlleva el restablecimiento del patrimonio público afectado por el actuar de sus agentes, como es el caso de la responsabilidad fiscal, lo que ha sido reconocido por parte de esa Honorable Corporación en algunos apartes de la sentencia C-810 de 2001, en los que se refirió al tema en los siguientes términos:

[. . .] El artículo 90 de la Constitución consagra la obligación del Estado de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, admitiendo también la responsabilidad subjetiva de los funcionarios con base en los conceptos de dolo y culpa grave, por cuanto es posible que el daño se genere a partir de la acción u omisión de los servidores públicos, esto es, de un comportamiento que puede ser reprochable por irregular e ilícito.

Pero obsérvese, aquí el Estado obra como extremo infractor, a tiempo que el extremo pasivo lo constituyen las personas que lleguen a padecer los rigores y efectos perjudiciales de su injustificada acción u omisión institucional, que por regla general se traduce en una falla del servicio o en otras manifestaciones contrarias a derecho. Por ello mismo, en tratándose de responsabilidad fiscal resultaría impropio situarse en los dominios del artículo 90 superior, pues, sencillamente, en tal hipótesis fiscal el Estado es justamente el extremo afectado, como que el Tesoro Público sufre los quebrantos causados por la conducta irregular de quienes ejercen gestión fiscal, sean estos servidores públicos o particulares. Circunstancia pasiva que se hace aún más palmaria si se tiene en cuenta que en el evento de la

²¹ En este sentido, ha indicado esa Honorable Corporación en sentencia C-430 de 2000: “[. . .] Es evidente que el artículo 90 constitucional consagra una clara diferencia entre la responsabilidad del Estado, y la responsabilidad que igualmente es posible deducir a sus agentes. En el primer caso, la responsabilidad resulta de la antijuridicidad del daño, pero frente a sus agentes esa antijuridicidad se deduce de la conducta de éstos, vale decir, de que el comportamiento asumido por ellos y que dio lugar al daño, fue doloso o gravemente culposo. En tal virtud, no puede deducirse responsabilidad patrimonial del funcionario o agente público, si no se establece que obró, por acción u omisión, constitutiva de dolo o culpa grave, y que lo hizo en ejercicio o con motivo de sus funciones. En consecuencia si la responsabilidad del agente público no se configura en dichos términos, resulta improcedente que el Estado ejerza la acción de repetición, porque ésta sólo se legitima en la medida en que éste sea condenado a reparar el daño y los agentes estatales resulten igualmente responsables.”

responsabilidad fiscal el Estado no debe hacer erogación alguna, por el contrario, el resarcimiento pecuniario corre a su favor, siendo por ende impensable cualquier acción de repetición contra funcionario alguno. Lo cual se refuerza al recordar que no toda conducta de un servidor público vincula a la Administración.²²

La Corte las ha diferenciado expresamente pues advierte en ellas relaciones diversas. No puede perderse de vista que por mandato de los artículos 6º y 124 de la Constitución Política, corresponde al Congreso por medio de la expedición de las leyes, determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, para cuyo ejercicio no se encuentra limitado por las restricciones establecidas en el artículo 90 de la Carta, que sólo serían exigibles en el evento de darse desarrollo legal a la acción de repetición, como actualmente se ha hecho, con ocasión a la expedición de la Ley 678 de 2001 en la cual se sujeta la deducción de la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos que hayan dado lugar a condenas a cargo del Estado, a que su comportamiento se haya realizado con dolo o culpa grave.

2.3.- Semblanzas de la acción de repetición y la acción de responsabilidad fiscal. La valoración de la conducta-

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales el legislador ya ha dado desarrollo a estas dos figuras, diferenciándolas claramente de acuerdo con su naturaleza y objeto. En este sentido, la responsabilidad que se puede deducir de los servidores públicos por haber dado lugar a una condena a cargo del Estado se realiza mediante el ejercicio de una acción civil de carácter patrimonial que se promueve ante la jurisdicción contencioso administrativa, naturaleza que le ha sido reconocida a la acción de repetición en el artículo 2º de la Ley 678 de 2000; a su turno, la acción de responsabilidad fiscal ha sido definida como una acción de naturaleza administrativa que se ejerce mediante la realización de un proceso de esta misma naturaleza, cuyas decisiones se encuentran sometidas a la revisión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, no obstante que ambas acciones pueden afectar el patrimonio de personas, la acción de repetición tan sólo incide en el patrimonio de los servidores públicos que den lugar a condenas a cargo del Estado, en tanto que la acción de responsabilidad fiscal puede incluso incidir en el patrimonio de particulares a cuyo cargo hubiese estado el manejo de los

²² Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001. Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería. Resaltado en el texto.

recursos del erario. En el primer evento nos enfrentamos a limitantes como la culpa grave o el dolo, en tanto que el legislador ha optado en materia de responsabilidad fiscal por el grado de culpa leve tomando en consideración, según se ha indicado, que es dable exigir una mayor responsabilidad de quien además de tener a su cargo el cumplimiento de funciones públicas, ha sido depositario de la confianza pública para el manejo de los recursos de la comunidad. Es de recordarse que los conceptos de dolo y culpa que se toman en consideración en estas dos clases de responsabilidades responden a las siguientes nociones:

En el derecho civil, en donde se recogen los postulados que rigen la definición de la responsabilidad patrimonial contractual y extracontractual, el **dolo** es considerado como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, por lo que se ha entendido que [. . .] es la intención maliciosa de causar daño (injuria); es la falta más grave del derecho civil y del ordenamiento jurídico en general, y en consecuencia, la persona que obrando dolosamente ocasiona un perjuicio debe repararlo.²³

Por su parte, la **culpa grave, negligencia grave o culpa lata**, consiste en una negligencia²⁴ extrema que no cometen ni aun las personas más descuidadas, y siguiendo los lineamientos trazados por el artículo 63 del Código Civil, en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo, lo que indica con claridad la magnitud de la culpa grave. En consecuencia, es la culpa grave una conducta tan grosera y descuidada que se llega a equiparar con la positiva intención de causar un perjuicio, y está caracterizada por la negligencia, el descuido, la no intención de dañar, la falta de diligencia debida. Así mismo, la culpa leve se concibe como aquel descuido ligero, aquella falta de diligencia y cuidado que emplean ordinariamente los hombres en sus negocios propios; respecto de lo cual se ha indicado:

²³ DEL DAÑO. Ob. Cit. Documento "Hecho imputable dañoso" - Jorge Cubides Camacho. Página 257.

²⁴ La negligencia es entendida como "Omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas y en el manejo o custodia de las cosas", Diccionario Jurídico Elemental. Guillermo Cabanellas de Torres, Editorial Heliasta 1997.

[el] modelo debe basarse en la diligencia media de manera que no sea exigible una diligencia que sea extraordinaria, que pueda referirse a personas con extraordinarias capacidades o dotes o que pueda suponer extraordinarios niveles de esfuerzo y de sacrificio.

[...] La diligencia que debe ser tenida en cuenta es, por consiguiente, la ordinaria de un hombre medio o de una persona razonable, de acuerdo con un tipo de medio.²⁵

De este modo, revisadas las diversas definiciones utilizadas por el derecho²⁶ se puede inferir que el dolo se caracteriza por la voluntad positiva e inequívoca de producir daño, en tanto que la culpa grave se distingue por la inexcusable negligencia, la imprudencia o la impericia en el manejo de los asuntos confiados a la gestión de la persona a quien se le atribuye responsabilidad y la culpa leve, por la falta de diligencia que emplean ordinariamente los hombres en sus negocios propios.

A diferencia de lo anterior, en términos de gestión fiscal, esto es, de manejo, administración, recaudo, custodia, etc., de los recursos públicos, no sólo es sano sino prudente exigir de los gestores fiscales linderos más exigentes, es decir, que actúen con aquella diligencia con la que manejarían sus propios asuntos, pues se trata no sólo del manejo de recursos de terceros, sino de los recursos de toda la sociedad, lo que debe generar un mayor compromiso de

²⁵ DERECHO DE DAÑOS. Luis Díez-Picazo. Editorial Civitas. 1999. páginas 360 y 361.

²⁶ En materia penal, ninguna conducta punible puede ser castigada si no se encuentra acreditada la culpabilidad de autor del ilícito, esto es, que la persona se encontraba en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no lo hizo, habiendo podido llevarlo a cabo. Desde esta óptica, se exige que, la conducta para que sea punible, además de ser típica y antijurídica, debe haber sido realizada a título de dolo, culpa o preterintención, conceptos que en la legislación penal vigente son definidos en los siguientes términos: "Artículo 22.- Dolo.- La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar. Artículo 23.- Culpa.- La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo." En materia disciplinaria de igual forma se establece que ninguna conducta constitutiva de falta puede ser sancionada si la persona no ha actuado con dolo o culpa, pues en esta materia ha quedado proscrita la responsabilidad objetiva y a pesar de que no se definió el concepto de culpa, se ha entendido que por la similitud que tiene con el proceso penal, la definición de este elemento de la responsabilidad disciplinaria debe hacerse a la luz de lo establecido en el Código Penal.

su parte.

De lo anterior se desprende que no resulta desacertado que en tratándose de la responsabilidad patrimonial que puede deducirse por el ejercicio de la gestión fiscal, el legislador haya optado por el grado de culpa leve, pues como bien lo ha indicado la Corte Constitucional y, ahora se reitera, debido a que el ordenador del gasto y todos aquellos que realicen o determinen la gestión fiscal, se encuentran en un rango de autonomía e independencia ampliamente favorable a los designios de la gestión encomendada, le corresponden responsabilidades mayores en defensa de los bienes que le han sido entregados²⁷. En este campo, se estima que la eventual responsabilidad por culpa grave o dolo iría en contravía de ese propósito del constituyente de exigir un adecuado manejo del erario que es precisamente, el cometido de los gestores fiscales; por el contrario, en tratándose de los demás servidores públicos dicha exigencia (dolo o culpa grave) si es aplicable por expresa voluntad del constituyente, que ha decidido excluirlos de la responsabilidad patrimonial originada en condenas impuestas a cargo del Estado, a los funcionarios que realicen las conductas generadoras del daño con culpa leve o levisima, pues no tienen la calidad antedicha: no obran en tanto gestores fiscales.

Existe, en consecuencia, una diferencia de fondo en la imputación subjetiva entre las dos acciones precisamente porque provienen de fuentes diferentes aunque persigan, de cierto modo, objetivos comunes.

2.4.- El daño fiscal, eventos en que se consolida con ocasión a la imposición de condena a cargo del Estado o de conciliaciones u otras formas de terminación de los conflictos.-

En ejercicio de la gestión fiscal encomendada a los servidores públicos o a los particulares es posible que se presenten pérdidas, con la consecuente afectación del patrimonio público. Dichas pérdidas pueden estar representadas en mermas, deterioros, faltantes, etc., que deben ser resarcidas

²⁷ La Corte Constitucional ha reconocido en reiteradas oportunidades que el tratamiento de la responsabilidad de los servidores públicos debe ser mucho más exigente que la que se puede predicar de los particulares. Sobre este aspecto se estima de especial importancia la sentencia C-087 de 1997.

para que el Estado pueda atender y satisfacer las necesidades públicas restableciendo el equilibrio afectado por una gestión inadecuada. De allí que el responsable del manejo de los fondos o bienes públicos deba resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal, pues es un principio general de derecho universalmente aceptado en materia de responsabilidad, que la víctima de un daño debe quedar indemne de las consecuencias que éste produce, ya que,

[. . .] La finalidad de la obligación de indemnizar es conseguir la total indemnidad de la víctima del daño; ésta, por tanto, es acreedora de una reparación [. . .], cuyo objeto no consiste en propiciar su enriquecimiento a costa del dañante, sino en retornar su patrimonio a la situación anterior a la producción del daño. Se entiende, por tanto, que la acción del responsable-deudor ha provocado un perjuicio, que el perjudicado-acreedor no tiene la obligación de soportar y por ello, como acreedor, tiene derecho a obtener reparación que evite la disminución de sus bienes, ya sean estos personales, ya lo sean patrimoniales.²⁸

[. . .] La reparación del daño se ha concebido como la acción encaminada a enmendar o componer los efectos nocivos de un hecho, satisfaciendo de esa manera la ofensa causada a otro.

[. . .] La indemnización de perjuicios busca tutelar los bienes de una persona cuando son atacados por el hecho de otra y dicha tutela se traduce en el resarcimiento del daño causado con una finalidad reparatoria que no se concibe limitada o restringida al grado necesario para que el afectado subsista bajo ciertos niveles económicos sino tendiente a lograr un restablecimiento total e íntegro del patrimonio injuriado.²⁹

[. . .] En principio, la reparación debe ser completa, esto es, exactamente igual al daño causado, debe cubrirlo en su totalidad. Reparar un daño es restituir las cosas a su estado anterior como si el daño no hubiera existido, restablecer en el patrimonio de la víctima el valor destruido por el ilícito; esto se obtiene dándole el mismo valor.

De aquí fluyen las consecuencias siguientes:

²⁸ DERECHO DE DAÑOS. Encarna Roca. Editorial Tirant lo blanch. Valencia 1998, página 171.

²⁹ DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO. Álvaro Bustamante Ledesma. Editora Jurídica de Colombia Ltda. Medellín, 1994. Páginas 685 y siguientes.

1º.- El monto de la reparación depende de la extensión del daño y no de la gravedad del hecho.

2º.- La reparación comprende todo el perjuicio sufrido por la víctima que sea una consecuencia necesaria y directa del delito o cuasidelito.

3º.- El monto de la reparación no puede ser superior ni inferior al daño.

[. . .] La reparación no es una pena, es el resarcimiento del daño causado y debe ser completa.

[. . .] La reparación comprende todo el daño sufrido por la víctima, moral y material, que sea una consecuencia necesaria y directa del delito o cuasidelito; sólo así es completa.

Comprende por tanto, tanto el daño emergente y el lucro cesante, (. . .) esto es, la pérdida o disminución efectiva que la víctima ha experimentado en su patrimonio y lo que dejó de ganar o percibir como consecuencia del delito o cuasidelito.³⁰

En la teoría general del derecho se afirma que para que un perjuicio pueda ser indemnizado se requiere que el daño sea directo, actual y cierto, elementos que se definen en la doctrina en los siguientes términos:

A) **SER DIRECTO.** Como lo enseñan los Hermanos Mazeaud, una desgracia no viene sola. A menudo un perjuicio acarrea otro que, a su turno, causa un tercero y así sucesivamente.

Pothier trae este ejemplo explicativo: "Un mercader de ganados comete la culpa de vender una vaca infestada. El animal vendido muere y hace perecer con contagio todo el hato del comprador. El comprador, así privado de su ganado, no puede cultivar sus tierras; falta de recursos, no paga a sus acreedores; éstos embargan sus bienes y los venden a un precio vil. En esa cadena de perjuicios, dónde se detiene la responsabilidad del vendedor? Hasta dónde su culpa es causa de los perjuicios sufridos por el comprador? El vendedor no está obligado sino por la pérdida de la vaca vendida y de los animales alcanzados por el contagio, **PERJUICIOS DIRECTOS**; no de la falta de cultivo de las tierras, ni del embargo, **PERJUICIOS INDIRECTOS**. Esas decisiones tienen lugar sea que el dolo haya sido cometido **CONTRAHENDO**, sea que haya sido cometido **DELIQUENDO**".

[. . .] B) **EL DAÑO DEBE SER ACTUAL.** La regla general es la de que el

³⁰ DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL. Arturo Alessandri Rodríguez. Eddiar editores. Santiago 1983. Páginas 533 y siguientes.

daño sólo es indemnizable cuando se presenta como una consecuencia, cumplida o en desarrollo, del acto culposo. En otras palabras, cuando existe o ha existido el momento de intentar la acción de responsabilidad.

En principio el **DAÑO FUTURO NO ES INDEMNIZABLE**. Por tal debe entenderse aquel que no habiéndose presentado al momento de la demanda, puede presentarse en lo porvenir.

En algunas circunstancias el **DAÑO FUTURO SÍ DEBE SER INDEMNIZADO**. Esto se dará cuando se presente como "LA PROLONGACION CIERTA DE UN ESTADO DE COSAS ACTUAL SUSCEPTIBLE DE ESTIMACION INMEDIATA" o cuando "ES LA PROLONGACION DE UN PERJUICIO ACTUAL" y cuando "NO ESTANDO AUN REALIZADO EN TODAS SUS CONSECUENCIAS, DEBE RECIBIR EN EL PORVENIR UNA AGRAVACION NECESARIA Y APRECIABLE PECUNIARIAMENTE".

C) EL DAÑO DEBE SER CIERTO. Con esta característica se quiere significar que él debe estar **FUNDADO SOBRE UN HECHO PRECISO Y NO SOBRE SIMPLES HIPOTESIS**. Por consiguiente, el **PERJUICIO CIERTO** se opone al "EVENTUAL O HIPOTÉTICO".³¹

Tratándose de la responsabilidad fiscal, los requisitos antes enunciados son predicables del detrimento, como bien lo ha reconocido la Corte Constitucional en sentencia C-840 de 2001, de la cual se transcriben los siguientes apartes que revisten gran importancia frente al tema de análisis:

[. . .] las competencias que asisten a todas las contralorías se expresan a través de dos momentos teleológicamente concatenados, sin que el segundo de ellos deba darse necesariamente en todos los casos. Es decir, en un primer momento las contralorías realizan el control fiscal dentro de sus respectivas jurisdicciones, formulando al efecto las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones, y llegado el caso, las glosas que puedan derivarse del examen de los actos de gestión fiscal seleccionados. Si con ocasión de esa vigilancia, en forma inmediata o posterior surge alguna información concerniente a hechos u omisiones eventualmente constitutivos de daño fiscal, procede la iniciación, trámite y conclusión del segundo momento, esto es, del proceso de responsabilidad fiscal. El cual, en todo caso, está sujeto a la oportunidad que le otorgan las figuras de la caducidad y la prescripción.

[. . .] De otra parte destaca el artículo 4 el daño como fundamento de la

³¹ LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. Julio César Uribe Acosta. Conferencias de la cátedra de responsabilidad extracontractual dictada en la especialización de derecho administrativo, de la Universidad Católica de Colombia.

responsabilidad fiscal, de modo que si no existe un perjuicio cierto, un daño fiscal, no hay cabida para la declaración de dicha responsabilidad. Por consiguiente, quien tiene a su cargo fondos o bienes estatales sólo responde cuando ha causado con su conducta dolosa o culposa un daño fiscal. El perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido. Así, "el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado mas no puede superar ese límite."³² Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa, desde todo punto de vista reprochable. Por lo mismo, la indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluya el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante). A lo cual se suma la indexación correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la ley 610.

Pues bien, si como ya se dijo, el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación ha que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda. Razones por demás suficientes para desestimar el cargo del actor, según el cual el lucro cesante debería ser declarado por una autoridad que haga parte de la rama judicial.

[. . .] Ahora bien, con respecto al daño, esta Corporación ha sostenido:

"Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio."³³

A todo lo anterior debe agregarse que el objeto de la responsabilidad fiscal tiene como basamento indispensable la concreción de una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño

³² Sentencia C-197 de 1993 M.P. Antonio Barrera Carbonell

³³ *Ibid*

patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores, tal como lo da a entender el artículo 5 de la Ley 610. De lo cual se colige que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.³¹

Ello explica que en la Ley 610 de 2000 se supedita la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal a la existencia de un daño o afectación del patrimonio público y que como uno de los requisitos del auto de apertura de la investigación se exija "*[[la determinación del daño patrimonial al Estado y la estimación de su cuantía*" (numeral 5º del artículo 41), pues de existir daño, pero no ser posible su cuantificación, por tratarse de una conducta cuyos efectos se prolongan en el tiempo haciendo posible su determinación únicamente en el futuro, no será posible ejercer la correspondiente acción sino hasta el momento en que se presenten los elementos que permitan establecer su cuantía.

Tal es el caso de las acciones que pueden derivarse de actuaciones ilegales realizadas por los gestores fiscales. En dichos eventos, los organismos de control fiscal pueden advertir la ilegalidad de la actuación y la posible ocurrencia de un detrimento al patrimonio público, que sólo se materializará en caso de producirse condena, conciliación u otra forma de terminación del conflicto que pueda suscitarse entre la administración y la persona afectada. A pesar de que la conducta dañosa se produce con ocasión de la gestión fiscal realizada, dicho daño sólo se materializa en el momento en que la entidad es condenada, llega a un acuerdo en diligencia de conciliación o suscribe cualquier otra clase de acuerdo con la persona afectada, pues son dichos actos los que permiten establecer la cuantía del detrimento que se ocasiona al patrimonio público.

No obstante que en la hipótesis planteada, el valor establecido en la sentencia, acuerdo conciliatorio o documento en el que conste el valor a pagar con cargo a los recursos del erario, son procedentes la acción de repetición y la acción de responsabilidad fiscal, no es posible desplazar la segunda a favor de la primera, pues como ya quedó expuesto, estas acciones son autónomas e independientes y pueden ejercerse en forma simultánea, siempre que la acción de responsabilidad fiscal no haya caducado y que en caso de imponerse condena en cualquiera de dichos procesos, el valor impuesto a cargo del responsabilizado sea tenido en cuenta para la definición de la obligación que surja en el otro proceso, pues de otra forma podría generarse un enriquecimiento sin justa causa a favor de la administración.

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-840 de 2001.

2.5.- De la doctrina del derecho viviente y su aplicabilidad en el caso analizado.-

Del análisis realizado hasta el momento, es clara la independencia de las dos acciones sin que, una subsuma a la otra o la determina. Especialmente y en cuanto atañe a la acción de responsabilidad, de conformidad con lo *supraescrito*, en nada cambia que exista un proceso en el cual se hubiese condenado al Estado.

Ahora bien, de acuerdo con la pauta jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional en la sentencia C-557 de 2001, en los eventos en que una figura jurídica sea sometida al análisis de constitucionalidad que le corresponde realizar a la Corte, dicha Corporación se encuentra en el deber de consultar los pronunciamientos proferidos por la jurisdicción especializada en la materia, con el objeto de consultar cuál ha sido la interpretación dada a la figura, examinar si ésta es compatible con la Constitución y adoptarla como doctrina constitucional vigente, y, aclara la sentencia, que sólo en el evento en que el pronunciamiento judicial revista ciertas características, podrá ser acogido por la Corte en desarrollo de la doctrina del derecho viviente. En este sentido precisó:

[. . .] 5.1. Vista la abundante jurisprudencia del Consejo de Estado sobre un aspecto crucial de la cuestión central que plantea la demanda, y su coincidencia con la doctrina autorizada, corresponde a la Corte hacer algunas precisiones sobre la importancia que tienen en el juicio de constitucionalidad la jurisprudencia y la doctrina.

Ante todo, cabe preguntarse cuál es el valor, para la guarda de la supremacía de la Constitución, de la interpretación adoptada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando ésta ha precisado el alcance de conceptos e instituciones relevantes para resolver un problema planteado ante la Corte Constitucional. El juez constitucional podría pasar por alto esta pregunta y abstenerse de observar el desarrollo real por vía de la jurisprudencia ordinaria o contenciosa de la norma que debe juzgar; sin embargo, ello no parece adecuado como se verá a continuación.

5.2. En efecto, cuando una norma puede ser interpretada en más de un sentido y entre las interpretaciones plausibles hay una incompatible con la Constitución -como sucede en este caso a juicio del demandante- la interpretación jurisprudencial y doctrinaria del texto normativo demandado debe ser tomada en cuenta para fijar el sentido, los alcances, los efectos, o la función de la norma objeto del control constitucional en un proceso, tal y como ha sido aplicada en la realidad. Si esta interpretación jurisprudencial

y doctrinaria representa una orientación dominante bien establecida, el juez constitucional debe, en principio, acogerla salvo que sea incompatible con la Constitución. Esta doctrina se funda en las siguientes razones:

5.2.1. Si bien el control de constitucionalidad de las normas es un control abstracto porque no surge de su aplicación en un proceso particular, ello no significa que el juicio de exequibilidad deba efectuarse sin tener en cuenta el contexto dentro del cual la norma fue creada (i.e. su nacimiento), y dentro del cual ha sido interpretada (i.e. ha vivido). En fin: en buena medida, el sentido de toda norma jurídica depende del contexto dentro del cual es aplicada.

Ahora, dentro de las múltiples dimensiones de ese contexto -bien sea la lingüística, que permite fijar su sentido natural, o bien la sociológica, que hace posible apreciar sus funciones reales- se destaca la actividad de los expertos que han interpretado los conceptos técnicos que ella contiene y que los han aplicado a casos concretos. Obviamente, esos expertos son los jueces y los doctrinantes especializados en la materia tratada en la norma; dentro de ellos, una posición preeminente la ocupan los órganos judiciales colegiados que se encuentran en la cima de una jurisdicción. Así lo ha establecido la Constitución al definir al Consejo de Estado como "tribunal supremo de lo contencioso administrativo" (art. 237- 1 de la CP) y a la Corte Suprema de Justicia como "máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria" (art. 234 de la CP). Por lo tanto, la jurisprudencia de ambos órganos es un referente indispensable para apreciar el significado viviente de las normas demandadas. Al prestarles la atención que su ubicación institucional exige, la Corte Constitucional está valorando su labor hermenéutica dentro de un mismo sistema jurídico. Obviamente, cuando no exista jurisprudencia sobre las normas objeto del control constitucional, la Corte Constitucional tendrá que acudir a otras fuentes del derecho para interpretar los artículos demandados.

5.2.2. Además, observar el derecho viviente en las providencias judiciales es necesario para evaluar si el sentido de una norma que el juez constitucional considera el más plausible, es realmente el que se acoge o patrocina en las instancias judiciales. Por ello, atender el derecho vivo es una garantía de que la norma sometida a su control realmente tiene el sentido, los alcances, los efectos o la función que el juez constitucional le atribuye.

[...] Así, para que de la jurisprudencia se pueda derivar un derecho viviente al cual haya de referirse el juez constitucional, no basta con la existencia de una providencia sobre uno de los conceptos contenidos en la norma demandada. Ello sería insuficiente para configurar un sentido normativo completo y el juez constitucional estaría ante una simple aplicación de la ley. Con el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos *sine qua non* los siguientes: (1.) la interpretación judicial debe

ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma.

[. . .] 5.2.4. Pero la doctrina del derecho viviente no impide que el juez constitucional efectúe un análisis crítico del sentido normativo, fijado jurisprudencialmente, del artículo demandado. El derecho viviente surge de un estudio enmarcado por la órbita de competencia ordinaria de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y, por ello, se desenvuelve en el plano de la interpretación de la ley, no de la Constitución, y es esencialmente una concreción del principio de legalidad, no del principio de constitucionalidad. De tal manera que el valor del derecho viviente es relativo a la *interpretación de la ley* demandada, lo cual no le resta trascendencia, sino que define el ámbito del mismo. Le corresponde a la Corte Constitucional decidir si recibe y adopta dicha interpretación. Y en caso de que la acaja proceder a ejercer de manera autónoma sus competencias como juez en el ámbito de lo constitucional.⁵⁵

En el caso sometido al análisis de este Despacho se estima que no es posible aplicar la posición adoptada en los fallos mencionados en su consulta con fundamento en la doctrina del "derecho viviente" desarrollada en la sentencia transcrita, pues si bien las sentencias proferidas por el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desarrollan una misma posición frente al tema planteado, 1) no efectuaron un análisis a espacio respecto de la autonomía e independencia de la acción de responsabilidad fiscal, previstas en las sentencias de la Corte Constitucional, frente a cualquier otro tipo de responsabilidad que pueda predicarse del comportamiento asumido por el servidor público, principio retomado por la Ley 610 de 2000 en el párrafo 1º del artículo 4º actualmente vigente y amparado por la presunción de constitucionalidad, uno de cuyos efectos es evitar su transformación o subordinación; 2) las sentencias proferidas por la jurisdicción administrativa no entran a considerar el concepto de gestión fiscal y los sujetos que pueden ser vinculados al proceso de responsabilidad fiscal en calidad de presuntos responsables, por lo que no tienen la entidad propia de la doctrina del "derecho viviente", así como su carácter dominante, para que con fundamento

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-557 de 31 de mayo de 2001. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

en ella las contralorías se abstengan de iniciar procesos de responsabilidad fiscal cuando la cuantía del detrimento al patrimonio público se establece con ocasión a la imposición de una condena a cargo del Estado, una conciliación o en cualquier otro acto por medio del cual se haya definido el conflicto; 3) si se interpretara que existe una antinomia o repulsión de acciones, la posición adoptada no se encuentra en otras posiciones adoptadas por el Consejo de Estado o desarrolladas por la doctrina nacional o extranjera; 4) adicionalmente, en la sentencia del Consejo de Estado no se está aludiendo al concepto de gestión fiscal, elemento definitivo en éste análisis y no puede, por ende, colegirse el unívoco criterio de impedir la coexistencia de estas dos acciones o llegar a la conclusión de que ellas son antagónicas.

3.- CONCLUSIONES.-

De acuerdo con las consideraciones expuestas, se concluye:

- 3.1.- La acción de responsabilidad fiscal de creación constitucional, ha sido concebida con el objeto de garantizar la indemnidad del patrimonio público, que puede verse afectado por la acción o la omisión de aquellos a quienes les ha sido confiado el manejo del recurso público. Es la acción idónea cuando de juzgar la gestión fiscal se trata. En esta materia el constituyente ha deferido al legislador la definición de su naturaleza, objeto, elementos y procedimiento que se debe observar para el ejercicio de la acción. El legislador ya ha desarrollado el tema, dotando a la responsabilidad fiscal de autonomía e independencia respecto de cualquier otra clase de responsabilidad predicable del servidor público, lo cual cobija la responsabilidad que se puede deducir con fundamento en lo establecido en el inciso 2º del artículo 90 de la Constitución Política, que establece la procedencia de la acción de repetición en eventos en que el Estado sea condenado a pagar una suma de dinero y la condena se haya producido como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público.

En consecuencia, considera esta dependencia que es posible adelantar un proceso de responsabilidad fiscal por hechos que den lugar a la imposición de una condena a cargo del Estado, siempre que el daño producido al patrimonio público sea consecuencia de una indebida gestión fiscal, se estructuren los elementos de la responsabilidad fiscal y la acción no haya caducado.

- 3.2.- Como se desprende de la sentencia C-046 de 1994, de promoverse acción de repetición y acción de responsabilidad fiscal y obtenerse la indemnización de los perjuicios causados en el proceso de repetición, la acción de responsabilidad fiscal tan sólo podrá promoverse respecto de la diferencia que se presente entre el valor cancelado en el primer proceso³⁶ y el del detrimento. Este elemento une las dos acciones pues converge en la patrimonialidad que caracteriza a ambas, lo que no afecta su autonomía.
- 3.3.- Las decisiones que se deban tomar en materia de personal por parte del nominador constituyen actos de gestión fiscal toda vez que generan gasto, tienen incidencia en el patrimonio público y por ende, constituyen una forma de afectar el presupuesto del respectivo organismo que está conformado por recursos públicos.
- 3.4.- No se considera que la doctrina del "derecho viviente" sea aplicable pues no expone manera clara la imposibilidad de la acción fiscal en todo caso de acción de repetición. En el caso *sub examine*, si se trata de gestión fiscal, los pronunciamientos de la Corte Constitucional rescatan la independencia y autonomía de la primera de estas acciones.
- 3.5.- La acción de responsabilidad fiscal analiza la actuación del sector público o el particular, de una manera más exigente, de tal modo que éste no se exonera de responsabilidad por actuaciones que no tengan el carácter de dolosas o gravemente culposas. Como el control fiscal es una función pública, debe ejercitarse sin que le sean oponibles otras actuaciones básicamente porque no analizan la conducta desde la perspectiva de la gestión fiscal y atendiendo al régimen de culpabilidad previsto. Para el caso es factible que el servidor público sea exonerado en la acción de repetición pero condenado fiscalmente, pero no lo contrario.
- 3.6.- De admitirse que la acción de repetición puede desplazar la acción de responsabilidad fiscal se podría incurrir en violación al principio

³⁶ Se debe recordar que de acuerdo con lo establecido en la Ley 678 de 2001 la condena impuesta a cargo del Estado con base en la cual se inicia la acción de repetición, no necesariamente será el valor que debe reintegrar el funcionario que haya dado lugar a ella, pues en esos eventos es posible tomar en consideración circunstancias personales que permitan reducir el monto de la condena que se le puede imponer.



República de Colombia
CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C.

252

OFICINA GENERAL DE ATENCIÓN AL CIUDADANO
TELÉFONO: 310-1-0034 FAX: 310-1-0035
CORREO: gac@contraloria.gov.co
CALLE 100 No. 17 - 18 Piso 9° Torre Colseguros
Ciudad de Bogotá, Colombia

50000- 00 80 12

6 2 4500 2000

Doctor
JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN
Director Oficina Jurídica
Auditoría General de la República
Carrera 10ª. No. 17 - 18 Piso 9°. Torre Colseguros
Ciudad.

Ref: Conocimiento posición institucional A.G.R. Proceso de
Responsabilidad Fiscal vs. Acción de Repetición.

Respetado doctor:

En razón a intereses comunes de nuestra actividad, en especial con materias que tocan a los procesos de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, hemos considerado de suma importancia conocer cuál es la posición jurídica asumida por la Auditoría General de la República, respecto del pronunciamiento contenido en la Sentencia Rad. No. 6620 del 26 de julio de 2001, proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, en la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto por la Contraloría General de Antioquia en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la Sentencia de junio 20 de 2000 expedida por el Tribunal de Antioquia (anexo fotocopia).

La problemática de fondo, según el pronunciamiento del Alto Tribunal, deriva al concluir que la única vía que posibilita el resarcimiento al patrimonio Estatal, cuando éste sea condenado a reparación patrimonial producto de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, es la contemplada en el artículo 90 de la Carta Política, desarrollada por la Ley 678 de 2001 - la Acción de Repetición o de llamamiento en garantía con fines de Repetición - sobre la base que la responsabilidad del agente deriva - en estos eventos - de

27



su conducta dolosa o gravemente culposa que inflige un daño a terceros por el cual el Estado debe satisfacer una indemnización y luego repetir contra el Agente: Es la responsabilidad civil del servidor público para con el Estado, originada en su conducta para con terceros, la cual sólo puede ser declarada por la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, conforme al art. 78 del C.C.A., adicionalmente, coadyuvando su posición - para el caso en debate - estima que la decisión administrativa que profirió el Nominador que condujo a la condena, no comporta el ejercicio de gestión fiscal, requisito indispensable para accionar en materia fiscal a través del Proceso de Responsabilidad Fiscal por las Contralorías.

En este orden de ideas, queda claro a través del citado pronunciamiento, que ni siquiera por vía alterna o residual a la Acción de Repetición, es posible el resarcimiento al patrimonio público, por vía del Proceso de Responsabilidad Fiscal de nuestra competencia.

En nuestro sentir, dada la naturaleza de la Acción Contenciosa impetrada - Nulidad y Restablecimiento del Derecho - y los efectos inter-partes de la aludida Sentencia, ofrece reserva respecto de si la misma en un evento dado podría tomarse como fundamento para sustraernos al inicio de Acción Fiscal frente a este tipo de situaciones, amparados en la teoría del derecho viviente en la jurisprudencia que la H. Corte Constitucional esbozó en Sentencia C-557 de mayo 31 de 2001. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Teoría aplicable, basados en la ya aludida Sentencia proferida por el H. Consejo de Estado y la Sentencia que por vía de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho emitió la Sección Primera - Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 4 de abril de 2002 dentro del Expediente No. 010221 en la que declara la nulidad de pronunciamientos de esta Contraloría, teniendo en cuenta básicamente en sus consideraciones la tesis que referimos esgrimida por el H. Consejo de Estado en la providencia en comento frente a la Acción de Repetición. (Anexo fotocopia).

De otra parte, independientemente de la consideración anterior, - estimamos respetuosamente- que tal posición no atiende a lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 4º de la ley 610 de 2000, al disponer que la responsabilidad



CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C.

fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de acción; y a las previsiones del Inciso 2º del artículo 17 de la ley 678 de 2001. E igualmente, la interpretación y alcance que la misma Sentencia, refiere a los actos en los cuales se materializa la gestión fiscal, desestimando que un acto administrativo relativo a una novedad de administración de personal no configura gestión fiscal, cuando en nuestro sentir, el mismo genera efectos fiscales con afectaciones presupuestales y de recursos económicos de la entidad nominadora.

En síntesis, nuestras apreciaciones se concretan en lo precedentemente expuesto, reiterando comedidamente que las inquietudes manifestadas no tienen otro fin que el de optimizar nuestra gestión y que de obtener respuesta del presente de parte de Uds. no tendrá alcance diferente al previsto por el artículo 25 de C.C.A.

Cordialmente,

ÁLVARO BARRAGÁN RAMÍREZ

Director de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva.

Copia: Dr. Juan Antonio Nieto Escalante - Contralor de Bogotá, D. C.

FALLO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - La contraloría no tiene competencia para declarar la responsabilidad civil del servidor público / CONTRALORIA - Competencia para establecer responsabilidad fiscal originada en el manejo de fondos o bienes, mediante actos administrativos / RESPONSABILIDAD CIVIL DEL SERVIDOR PUBLICO - Requiere que sea judicialmente declarada / ACCION DE REPETICION - La responsabilidad civil del servidor público sólo puede ser declarada por la jurisdicción contenciosa

Como se aprecia en esta transcripción, la Contraloría declaró que el actor incurrió en culpa en el pronunciamiento del acto administrativo de despido, culpa que ocasionó la condena a favor de exalcalde Guillermo Cabe y de cuyo importe es fiscalmente responsable frente al municipio. Dado que en la Constitución Política existen dos normas, a saber, los artículos 90 y 260 numeral 5, (ésto en concordancia con el art. 267, inciso primero); que establecen sendos regímenes de responsabilidades de los servidores públicos para con las entidades estatales a que se encuentran vinculados, es preciso determinar la naturaleza y efectos de una y otra. En este caso, la responsabilidad del agente deriva de su conducta dolosa o culposa que inflige un daño a terceros, por la cual debe el Estado satisfacer una indemnización y luego repetir contra su agente, es la responsabilidad civil del servidor público para con el Estado, originada en su conducta respecto de terceros. Solamente puede ser declarada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según el artículo 78 del Código de la materia. A su turno, el artículo 267 de la Constitución preceptua que la Contraloría vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Prescribe, el artículo 260, numeral 5 ibídem acerca competencia al Contralor para «establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción cautiva sobre los alícuos deducidos de la misma.» Es la responsabilidad fiscal, originada en el manejo de fondos o bienes, o sea, en una conducta que recae directamente sobre los fondos o bienes confiados a la administración o custodia del servidor público, y que se resuelve en un saldo que la Constitución denomina calcañas. Esta especie de responsabilidad se establece mediante un acto administrativo de la Contraloría. Desde esta perspectiva, considera la Sala que no le asiste razón a la apelante en sostener que el proceso de responsabilidad fiscal es una vía igualmente válida que la acción de repetición para perseguir la reparación del detrimento patrimonial infligido al Estado. Si un servidor público, con un acto suyo, doloso o gravemente culposo, que perjudica a un particular, ocasiona una condena al Estado, incurre para con éste en responsabilidad civil, que debe ser judicialmente declarada. Pero si dicho servidor, en ejercicio de sus competencias para administrar o custodiar bienes o fondos, causa su pérdida, incurre en responsabilidad fiscal, cuyo pronunciamiento está reservado a la Contraloría. De manera que la Contraloría General de Antioquia obró sin competencia cuando declaró al exsecretario de Servicios Administrativos de Rionegro responsable culposo frente al Municipio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Bogotá D.C., veintiséis de julio de dos mil uno

Radicación número: 95001-23-31-000-1997-0655-01(6620)

Actor: ABEL JOSÉ RAMÍREZ DÍAZ

Referencia: AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

Se resuelve el recurso de apelación deducido por la Contraloría General de Antioquia contra la sentencia estimatoria de 20 de junio de 2000, pronunciada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de ABEL JOSÉ RAMÍREZ DÍAZ contra dicha Contraloría.

1. LA DEMANDA

ABEL JOSÉ RAMÍREZ DÍAZ, en ejercicio de la acción instituida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demanda a la Contraloría General de Antioquia para que se declarase nulo el Fallo con Responsabilidad Fiscal # 56 de 30 de septiembre de 1996, (suscrito por los Jefes de la Dirección de Responsabilidad Fiscal y de la Subdirección de Juicios Fiscales de dicha Contraloría) por el cual se le declaró fiscalmente responsable, en su calidad de exsecretario de Servicios Administrativos de Rionegro, por la suma de Seis Millones Setecientos Cuarenta y Siete Mil Doscientos (\$6.757.200) que tuvo que pagar este municipio a Mario Beltrán Calle como indemnización por despido injusto, según condena impuesta por la jurisdicción ordinaria.

1.1. Hechos

Refiere el actor que la Contraloría fundamentó su Fallo contra el señor José Abel Ramírez Díaz, en el hecho de haberse condenado judicialmente al municipio de Rionegro a indemnizar con dicha suma a Mario Beltrán Calle, por despido injusto, y en la prevención del artículo 402 del Decreto Ley 1333 de 1996, según el cual «los municipios responderán contra las personas que hubieren afectado elecciones, nombramientos o remociones ilegales de funcionarios, el valor de las indemnizaciones que hubieren pagado por esta causa».

23

Añade que en la diligencia de notificación del Fallo, practicada el 29 de noviembre de 1996, no se le indicaron los recursos procedentes, pese a que en dicho acto se consignó que procedía el de reposición.

1.2. Normas violadas y concepto de la violación

El actor estructura, en contra del acto acusado, los siguientes cargos de violación:

Que la Administración motivó la decisión cuestionada en el artículo 102 del Decreto Ley 1333 de 1986, que ordena a los municipios repetir contra las personas que hayan efectuado nombramientos o remociones ilegales, cuando lo cierto es que bien puede ocurrir que por razones del servicio se haga recomendable el despido de un trabajador que no haya incurrido en infracción alguna, de modo que, para el interés general que representa la Administración Pública, es preferible asumir el costo fiscal de la indemnización, que mantener al trabajador, filosofía que inspiró a la Constitución Política de 1991 (artículo 20 transitorio). En consecuencia, al no ser ilegal el despido del señor Mario Beltrán Calle, es evidente la falsedad de la motivación de la decisión de la Contraloría.

Que, de otra parte, según los artículos 315, numerales 5 y 9 de la Constitución Política, 91, literal c, numeral 5, y 102 del Decreto Ley 1333 de 1986, el Alcalde es quien representa legalmente al municipio y lo dirige administrativamente, luego a él corresponde nombrar, remover, contratar y ordenar los gastos municipales. Así las cosas, siempre que se produzca un nombramiento o una remoción o se celebre o dé por terminado un contrato de trabajo, el responsable es el Alcalde, a menos que se demuestre que delegó dicha función en un subalterno o que éste actuó por fuera de su respectiva competencia.

Que, de todas maneras, los Secretarios de Despacho, cargo que ocupaba el demandante, no hacen gestión fiscal, porque no cumplen con ninguna de las etapas que la componen (recaudo, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición)

22

Que el acto acusado desconoce el debido proceso, pues tal y como lo sostuvo la sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de 8 de abril de 1991, con ponencia del Consejero Daniel Suárez Hernández, "la acción de

repelición derivada del artículo 89 de la actual Carta Política, en concordancia con las disposiciones legales mencionadas, cuya vigencia anterior en nada obstaculiza el desarrollo y aplicación del precepto constitucional citado, debe ejercerse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Que como es evidente que la Contraloría lo que está persiguiendo es el reembolso, según se desprende del artículo 1º del acto acusado, es elemental que no procede el juicio fiscal, sino la acción de repelición constitucionalmente conagrada.

Que también se desconoció el debido proceso, pues el artículo 50 del C.C.A., al que remite expresamente el artículo 89 de la Ley 42 de 1993, dispone que por regla general contra las decisiones de la Administración proceden los recursos de reposición y apelación, razón por la cual al haber sido proferido el fallo cuestionado por subalternos del Contralor, era procedente el recurso de apelación, el cual no fue otorgado al actor.

Que de igual manera se violó el debido proceso, ya que sin fundamento jurídico alguno la Contraloría optó por la solidaridad, cuando era su deber determinar la responsabilidad del actor, pues la misma es estrictamente individual, sin que se pueda condenar a una persona por aquello que no le es directamente imputable.

Finalmente, alega que la Alcaldía tuvo bases sólidas para considerar que el señor Mario Beltrán era un empleado público y no un trabajador oficial y, que el hecho de que la jurisdicción ordinaria haya decidido con base en un criterio distinto no es prueba de culpa o el dolo, sino una mera diferencia conceptual. En consecuencia, si la Contraloría consideró que no se trató de una mera apreciación jurídica, sino que había razones de otra índole que podrían constituir dolo o culpa, debió demostrar esas razones como requisito indispensable para condenar fiscalmente.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada de la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, afirmando que no se presenta la falsa motivación, ya que fue la jurisdicción laboral la que calificó el despido como legal, lo cual trajo como consecuencia que la Administración pagara al extrabajador la suma de seis millones setecientos cincuenta y siete mil doscientos pesos (\$6.757.200.000).

Que en el caso en estudio se vinculó fiscalmente al Excalde y al Exsecretario de servicios administrativos, por cuanto ambos fueron los responsables del despido del señor Mario Beltrán, conducta que dio origen a la demanda laboral y que concluyó con el fallo contra el municipio por su actuar irregular, existiendo, por lo tanto, fundamento jurídico para la vinculación del actor, ya que los Secretarios de Despacho realizan gestión en los asuntos de su competencia y, decir lo contrario, es desconocer el funcionamiento de los municipios y demás entes territoriales.

Que una cosa es la acción de repetición consagrada en la Constitución Política, en el C.C.A. y en la Ley de Contratación, y otra cosa es el juicio de responsabilidad fiscal regulado por la Ley 42 de 1993, los cuales si bien tienen el mismo fin, el último busca definir y determinar la responsabilidad fiscal de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación y cuantificar el detrimento sufrido por el municipio.

Que en el asunto examinado la Contraloría inició el proceso de responsabilidad fiscal por mala gestión de los funcionarios de Rionegro que ocasionó un detrimento para el ente territorial, camino válido y que excluye el de la acción de repetición.

Que contra las decisiones tanto de los Abogados de la Subdirección de Investigaciones como de las de la Subdirección de Juicios Fiscales no existe recurso de apelación, ya que éstos actúan por delegación directa del Contralor, es decir, que debe entenderse que la decisión la tomó dicho funcionario.

3. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia sentenció que de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, es el Estado -en este caso el municipio de Rionegro- quien debe repeler contra sus agentes lo pagado en virtud de condenas que se le hayan impuesto por razón de conductas dolosas o gravemente culposas de dichos agentes. La acción idónea a este propósito es la de reparación directa, ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, con carga de probar plenamente dentro del respectivo proceso el dolo o la culpa grave del agente o servidor público. Pero, como en este caso, la repetición fue dispuesta por una autoridad ajena a la jurisdicción contencioso-administrativa, ignorando el procedimiento debido y sin ocuparse de probar la culpa o el dolo, resultó ostensible la violación del artículo 90 de la Constitución.

Precisa que el control fiscal persigue proteger la integridad y eficiente administración de los bienes y fondos de las entidades que cumplen cometidos estatales, y que el instrumento de este control es el proceso de responsabilidad fiscal, dentro del cual se establece el detrimento del patrimonio público. Agrega que cuando hizo la Contraloría fue tratar de obtener el reintegro de la condena, sin tener la competencia para el intento, que correspondía al municipio de Rionegro a través de la acción de reparación directa ejercitada ante el Tribunal Administrativo de Antioquia dentro de los dos años siguientes al pago.

Dijo el Tribunal:

«Así las cosas el órgano de control fiscal al preferir el citado fallo incurrió en una falta de competencia, pues utilizó un proceso de responsabilidad fiscal que es de naturaleza administrativa, con el objeto de obtener el reembolso de una suma de dinero a que se condenó a la entidad territorial preanotada, siendo la vía judicial para ello la acción de repetición consagrada constitucionalmente en el artículo 90 de la Carta Política ...»

Concluyó en la nulidad del acto acusado.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

En su recurso de apelación, la Contraloría General de Antioquia invoca el artículo 267 de la Constitución Política, que define el control fiscal como una función pública consistente en la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen bienes estatales. Señala que, según el artículo 265, numeral 5, de la Carta (aplicable a las contralorías del nivel territorial en virtud del inciso sexto del artículo 272 ibidem), compete a la Contraloría «establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la mismas». Plantea que para la Corte Constitucional, la gestión fiscal es la administración o manejo de bienes estatales, en sus sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. Que, entonces, el control fiscal se encierra a establecer si las diferentes operaciones o transacciones se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes y con los criterios de eficiencia y eficacia, y finalmente con los objetivos, planes y programas de la Administración.

Añade la apelante que de acuerdo con el artículo 74 de la Ley 42 de 1993, el proceso de responsabilidad fiscal es el mecanismo adecuado e idóneo para establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, y que el artículo 83 ibidem la extiende a los directivos de las entidades y demás personas que produzcan decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, lo mismo que a contratistas y particulares que vinculados al proceso hubieran causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado de acuerdo con lo que se establezca en el juicio fiscal.

Que en el caso presente, la Contraloría procedió «ante una mala gestión» por parte de los funcionarios de Rionegro, que implicó un detrimento patrimonial para éste, a iniciar el proceso de responsabilidad fiscal encaminado a establecer los responsables del perjuicio y a buscar su reintegro, de conformidad con la Constitución.

Que no puede abstenerse de ejercitar el control fiscal porque existen vías judiciales para perseguir el reintegro de la pérdida. Así, la acción de repelición establecida en el artículo 90 de la Carta es independiente del proceso de responsabilidad fiscal, aunque uno y otra tienen la misma finalidad cual es el reintegro del detrimento patrimonial del Estado.

Tampoco puede olvidarse que existen en nuestro ordenamiento jurídico diversos tipos de responsabilidad que dan origen a sus respectivas acciones, e. g. penal, disciplinaria, y fiscal, con cuyo ejercicio puede lograrse que el funcionario responsable reintegre el detrimento ocasionado.

Que en el proceso de responsabilidad fiscal surgió una confusión a causa de haberse invocado en el Auto 177 de Apertura del Juicio Fiscal (de fecha 8 de septiembre de 1995) las normas afines a la acción de repelición, como son los artículos 102 del Decreto 1333 de 1986, 77 del Decreto 1 de 1984 y 90 de la Constitución Política, pero que fue subsanada mediante el Auto 216 (27 de octubre de 1995) en que se revocó aquel y se invocaron las normas del proceso de responsabilidad fiscal. Que ni la Constitución ni la Ley 42 establecieron excepciones a este proceso y que las contralorías deben iniciarlo cuandoquiera que se trate de un detrimento patrimonial.

Ojeda que el Tribunal desconoció que, en tratándose de condenas contra un ente público, existen dos vías procesales autónomas, independientes y perfectamente válidas para recuperar el patrimonio sufrido por aquel, a saber: la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal. Reitera que en este caso la Contraloría ante un patrimonio representado por una mala gestión ejerció la función pública de control fiscal, que es la vía otorgada por la ley a los entes fiscalizadores para buscar que el responsable lo restituya.

Las partes, incluido el Ministerio Público, no alegaron en la segunda instancia.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Mediante el acto acusado, Fallo con Responsabilidad Fiscal # 36 de 30 de septiembre de 1996, se dispuso:

«Artículo Primero.- Declarar responsables fiscalmente a los señores [...] y Abel José Ramírez Díaz ... en sus calidades de ... ex-secretario de Servicios Administrativos por la suma de seis millones secientos cincuenta y siete mil doscientos pesos ml (\$6.757.200), correspondientes a la suma de \$5.391.428 que tuvo que pagar el municipio de Rionegro por despido injusto del señor Beltrán Calle, más la indexación de dicha suma ...»

Según se lee en este Fallo, tras haber ordenado el Concejo de Rionegro suprimir la Secretaría de Gestión y Desarrollo de Vivienda de Interés Social y la de Reforma Urbana, la Administración municipal desvinculó del servicio al señor Mario Beltrán Calle, considerándolo erradamente como empleado público, desconociendo su condición de trabajador oficial según correspondía a la índole de las labores que realizaba. El acto administrativo de despido dio pie a que la jurisdicción laboral ordinaria condenase al municipio a indemnizar al extrabajador en la cantidad antes expresada. La Contraloría, fundamentó, entonces, su Fallo en los siguientes razonamientos:

«Es evidente que, con dicho acto administrativo, se vio lesionado patrimonialmente el municipio de Rionegro con la conducta descuidada y poco diligente de los funcionarios que actuaban como mandatarios de la administración y se adecua tal conducta en los parámetros del artículo 102 del Decreto Ley 1333 de 1996 que a la letra dice "los municipios repetirán contra las personas que hubieran efectuado elecciones, nombramientos o reelecciones ilegales de funcionarios, el valor de las indemnizaciones que hubieran pagado por esta causa".»

El despacho considera que está determinada la existencia de responsabilidad fiscal y por lo tanto al producirse un detrimento patrimonial, la Contraloría es competente, según procedimiento derivado de la gestión fiscal, que coexiste con la (sic) general del artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, que independiente de ser acción de repetición fiscal, la que de fondo interesa es que la finalidad es la misma, buscar el resarcimiento del perjuicio irrogado. (Destaca la Sala).

Como se aprecia en esta transcripción, la Contraloría declaró que el actor incurrió en culpa en el pronunciamiento del acto administrativo de despido, culpa que ocasionó la condena a favor de extrabajador Bellán Calle y de cuyo importe es fiscalmente responsable frente al municipio.

Dado que en la Constitución Política existen dos normas, a saber, los artículos 90 y 260 numeral 5, (éste en concordancia con el art. 267, inciso primero), que establecen sendas clases de responsabilidades de los servidores públicos para con las entidades estatales a que se encuentran vinculados, es preciso determinar la naturaleza y efectos de una y otra.

El artículo 90 de la Carta previene:

«ART. 90.- El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.» (Destaca la Sala)

En este caso, la responsabilidad del agente deriva de su conducta dolosa o culposa que inflige un daño a terceros, por la cual debe el Estado satisfacer una indemnización y luego repetir contra su agente; es la responsabilidad civil del servidor público para con el Estado, originada en su conducta respecto de terceros. Solamente puede ser declarada por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, según el artículo 78 del Código de la materia.

A su turno, el artículo 267 de la Constitución preceptúa que la Contraloría vigila la gestión fiscal «de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación». Enseguida, el artículo 268, numeral 5 ibidem otorga competencia al Contralor para «establecer la responsabilidad que se derive de la

gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción conctiva sobre los alcances deducidos de la misma.» Es la responsabilidad fiscal, originada en el manejo de fondos o bienes, o sea, en una conducta que recae directamente sobre los fondos o bienes confiados a la administración o custodia del servidor público, y que se resuelve en un saldo que la Constitución denomina alcances. Esta especie de responsabilidad se establece mediante un acto administrativo de la Contraloría.

Desde esta perspectiva, considera la Sala que no le asiste razón a la apelante en sostener que el proceso de responsabilidad fiscal es una vía igualmente válida que la acción de repetición para perseguir la reparación del detrimento patrimonial infligido al Estado. Si un servidor público, con un acto suyo, doloso o gravemente culposo, que perjudica a un particular, ocasiona una condena al Estado, incurre para con éste en responsabilidad civil, que debe ser judicialmente declarada. Pero si dicho servidor, en ejercicio de sus competencias para administrar o custodiar bienes o fondos, causa su pérdida, incurre en responsabilidad fiscal, cuyo pronunciamiento está reservado a la Contraloría.

De manera que la Contraloría General de Antioquia obró sin competencia cuando declaró al exsecretario de Servicios Administrativos de Rionegro responsable culposo frente al Municipio.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

F A L L A :

CONFIRMASE la sentencia apelada de 20 de junio de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Cópiese, notifíquese y, en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior presidencia fue disuelta y aprobada por la Sala en reunión celebrada el 26 de julio de 2001.

OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO

CAMILO ARCHIEGAS ANDRADE

Presidente

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

MANUEL S. URUETA AYOLA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá, D. C. abril cuatro (4) de dos mil dos (2002)

Expediente No. 010221
Demandante: Jaime Alfonso Muñoz Pérez
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Magistrado ponente Dr. CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano Jaime Alfonso Muñoz Pérez presentó demanda ante esta corporación para que, previo el trámite del procedimiento ordinario, se hagan las siguientes:

DECLARACIONES

1. Que se declare la nulidad del auto No. 097 de abril catorce (14) de 2000; por el cual se decide un proceso de responsabilidad fiscal, expedido por el jefe de la división de juicios fiscales de la Contraloría de Bogotá, en cuyo artículo segundo se fijó responsabilidad fiscal, en forma solidaria, al demandante y a dos exfuncionarias en cuantía de \$1.397.760.
2. Que se declare la nulidad del auto No. 155 de julio trece (13) de 2000, por el cual se hace un pronunciamiento en vía gubernativa, expedido por el jefe de la división de juicios fiscales de la Contraloría de Bogotá, en cuyo artículo primero se declaró:

A

(1)

3. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condena a la Contaduría de Bogotá, D.C., a pagar a favor del demandante y a título de indemnización y restablecimiento de sus derechos, la cantidad de \$1.307.730 debidamente actualizada e incluyendo los intereses moratorios, liquidados con el interés bancario corriente más la cantidad adicional que resulte probada en el proceso y que sea necesaria para reparar todos los perjuicios sufridos o que pueda sufrir como consecuencia de tales decisiones.

4. Que se condena a la Contaduría de Bogotá, D.C., a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho.

En resumen, la demanda tuvo como fundamento los siguientes:

HECHOS.

El veintidós (22) de abril de 1997, al demandante le fue comunicado la apertura de una investigación fiscal por supuesto delito patrimonial ocasionado tras el pago de la condena impuesta por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá a favor del señor Florentino Chacón.

En el citado auto ni la resolución que dio cumplimiento a la decisión judicial le fueron notificados al actor, quien no fue parte de dicho proceso donde era controvertida la terminación del contrato de trabajo del señor Chacón, quien había reunido los requisitos de la pensión de jubilación.

Mediante oficio de agosto de 1997, el demandante fue citado para la notificación de la apertura del juicio fiscal y contra dicha providencia fue interpuesto recurso de reposición, cuya resolución nunca fue notificada.

Ante esta circunstancia, el demandante presentó una queja y simultáneamente solicitó la nulidad de toda la actuación surtida por la división de juicios fiscales de la Contaduría, la cual no accedió a dichas peticiones.

El día 11 de agosto de 1997, el demandante presentó una

Posteriormente fue notificado del mandamiento de pago librado mediante auto de septiembre dieciocho (18) de 2000 por la unidad de jurisdicción coactiva de la Contraloría de Bogotá, la cual confirmó la notificación del recurso de reposición mediante edicto.

En respuesta a un derecho de petición presentado al contralor distrital en octubre de 2000, el organismo fiscalizador reconoció el error y ordenó una nueva notificación del acto en el que rechazó la apelación contra la providencia que dispuso la apertura del juicio fiscal.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El demandante consideró que la expedición de los dos autos acusados desconoció el artículo 26 de la Constitución de 1886 y el artículo 29 de la Carta Política de 1991.

Indicó que tales normas instituyeron el debido proceso y el juzgamiento de acuerdo con las leyes preexistentes al acto que se imputa y agregó que el juicio fiscal fue adelantado por hechos acaecidos en noviembre de 1990.

Sostuvo que la actuación estuvo basada en las atribuciones previstas en la ley 42 de 1993 y en la resolución No. 035 de 1999 por hechos que consistieron en la reafirmación del bofetón que desvinculaba a un trabajador que cumplió los requisitos para su pensión de jubilación.

Precedió que el artículo 90 de la Constitución estableció la acción de repetición para tales casos, la cual fue desconocida puesto que el Juzgado 14 Laboral del Circuito condenó al Distrito Capital a reparar patrimonialmente al trabajador, sin haberse invocado previamente la citada acción.

Destacó que la violación del artículo 29 de la Constitución también se produjo por cuanto el demandante no fue parte en dicho proceso laboral y por lo tanto no pudo ejercer su derecho de defensa.

Consideró que la acción fiscal había caducado cuatro años y cuatro meses antes del auto que ordenó la apertura del juicio, ya que la ley 610 del 2000 fijó la caducidad en cinco años desde la

Insistió en que respecto de la acción de repetición, la administración tampoco tuvo en cuenta la caducidad de la misma que es de dos años contados a partir del día siguiente a aquel en que tenía lugar el pago.

Estimó que aunque el fenómeno de la delegación de funciones está consagrado en el artículo 211 de la Constitución, debe tenerse en cuenta que no podría imputarse responsabilidad fiscal al demandante dado que no puede responder por las funciones de la jefatura de personal.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La apoderada de la Contraloría de Bogotá adujo, en primer lugar, que el control fiscal es una función que le corresponde a la Contraloría por mandato del artículo 267 de la Constitución Política.

Agregó que dicha función persigue el cumplimiento de las normas que rigen la utilización de los recursos públicos y busca también salvaguardar los intereses patrimoniales del distrito, para obtener la reparación del daño causado por la acción u omisión de los responsables del erario distrital.

Indicó que el acto que dispuso la destitución del trabajador se prolió sin ajustarse a las disposiciones legales y además le causó un detrimento patrimonial a la secretaría de Obras Públicas de Bogotá.

Aseguró que su expedición estuvo basada en las funciones de la resolución 903 de 1989, que otorgaron al secretario de Obras facultades de nominador y ordenador de gasto y para preparar y dictar resoluciones sobre reconocimiento de prestaciones, pago de servicios personales y actos relacionados con reclamaciones laborales.

Precisó que no le asiste razón al demandante al afirmar que le fue fijada responsabilidad sobre normas legales inexistentes al momento del hecho, pues la conducta tuvo lugar en 1990 cuando estaba vigente la citada resolución 903 de 1989.

Estimó que las obligaciones fiscales no solamente comprenden hecho apellidado relacionado con el presupuesto sino también la

Consideró igualmente que la ley le señaló funciones específicas a las contralorías para la salvaguarda de los recursos públicos e intereses patrimoniales del distrito capital y advirtió que el actor planteó dos argumentos diferentes a los expuestos durante el agotamiento de la vía gubernativa.

Luego de advertir que no es viable suscitar a controversia nuevas pretensiones o asuntos diferentes que no tengan identidad con los puntos ya planteados, propuso finalmente la excepción de inepta demanda.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de mayo cuatro (4) de 2001, esta corporación admitió la demanda, ordenó las notificaciones personales al contralor de Bogotá y al agente del Ministerio Público y negó la suspensión provisional de los actos acusados. (fs. 25 a 28 cdno ppal)

A través de apoderada judicial, la Contraloría de Bogotá contestó la demanda y se opuso a las pretensiones del accionante por considerar que carecen de fundamentos tanto fácticos como jurídicos. (fs. 37 a 47 cdno ppal)

Por auto de agosto nueve (9) de 2001 fueron decretadas las pruebas solicitadas por las partes. (fl. 49 cdno ppal)

ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte Actora: insistió en los argumentos expuestos en la demanda alrededor de la violación del debido proceso e invocó la aplicación del criterio expuesto por el Consejo de Estado sobre la impropiedad del juicio fiscal en los casos en que no existe manejo de bienes ni fondos públicos.

Parte Demandada: también reiteró los puntos de vista expuestos en la contestación respecto de la falta de identidad del objeto de la vía administrativa y la vía judicial y la inexistencia de posibles

Ante los límites legales pertinentes, el proceso se adelantó con el cumplimiento de las formalidades previstas en la ley procesal y sin que obra causal de nulidad que afecte la actuación, procede la Sección Primera, Subsección B, a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

En conformidad por las partes, en este proceso, la legalidad de los autos No. 097 de abril catorce (14) de dos mil (2000) y 155 de julio trece (13) del mismo año expedidos por la Contraloría de Bogotá.

Mediante el primero de los autos, el organismo decidió un proceso de responsabilidad fiscal en contra del actor en cuantía de \$1.307.760, mientras que a través del segundo resolvió el recurso de reposición y confirmó su decisión.

Antes de abordar el asunto de fondo, puede verse que la apoderada de la Contraloría Distrital propuso la excepción de inoponibilidad por considerar que las pretensiones deben ser las mismas que fueron expuestas en la vía gubernativa.

Explicó que la pretendida caducidad de la acción fiscal promovida contra el actor fue un aspecto no planteado en la etapa administrativa, lo que hace que no pueda incluirse al discutirse como hecho nuevo ante la Jurisdicción.

Observa la Sala que la alegada caducidad de la acción fiscal que tenía la Contraloría de Bogotá no fue propuesta por el demandante al intervenir en la actuación, tanto en su versión libre como en el recurso de reposición.

Es indudable, entonces, que se trata de un hecho completamente nuevo que en realidad no fue objeto de discusión entre las partes en desarrollo de la vía gubernativa, lo cual hace improcedente su estudio en la vía jurisdiccional.

Por consiguiente, se declara:

Así, la inclusión de este hecho no discutido en vía gubernativa llevará a desestimar el cargo basado en la caducidad de la acción fiscal, pero de ninguna manera impide el análisis de los restantes cargos esputados por el demandante.

En consecuencia, la excepción no está llamada a prosperar.

Al abordar el estudio de la controversia, observa la Sala que el demandante expuso un primer cargo consistente en la violación del debido proceso previsto en los artículos 26 de la Constitución de 1886 y 29 de la Carta Política de 1991.

Explicó que su derecho fue vulnerado por cuanto su conducta no podía ser objeto de juicio fiscal sino de la acción de repetición y que además fue juzgada de acuerdo con normas posteriores al hecho que se le imputaba.

En primer lugar, advierte la corporación que el estudio de este cargo no puede hacerse a partir de su confrontación con el artículo 26 de la Constitución de 1886, invocado por el actor como parte de su fundamento.

La Carta Política de 1886, incluyendo sus diferentes reformas, quedó derogada expresamente desde el siete (7) de julio de 1991 cuando fue promulgada y entró a regir la Constitución actualmente vigente.

Entonces, no resulta procedente la confrontación de la legalidad de los actos acusados con disposiciones que carecen de efectos jurídicos, lo cual hace que el examen del cargo quede circunscrito a la violación del artículo 29 de la Constitución de 1991.

Hecha esta precisión, observa la Sala que mediante el auto No. 097 de abril trece (13) de 2000, la Corporación Distrital determinó entre otros, fijar responsabilidad fiscal al demandante por valor de \$1.317.760,00.

La decisión fue confirmada en todas sus partes a través del auto No. 155 de julio trece (13) de 2000, pues en criterio de la

El hecho que originó la determinación adoptada en los autos demandados fue la intervención del demandante en una decisión que dio por terminado un contrato de un trabajador oficial, antes de completar el plazo presuntivo laboral.

La citada decisión medió en primera instancia, en cuya sentencia la justicia ordinaria condenó al distrito capital al pago de la suma de \$1,394,760 por concepto de los salarios faltantes para completar el plazo presuntivo que le costaba al trabajador afectado.

Una vez ejecutada la decisión judicial, por intermedio de la resolución Dec. 0647 de julio dos (2) de 1996, la Contraloría de Bogotá determinó la apertura del juicio fiscal en contra del actor por el detrimento causado al erario del distrito capital. (ffs. 117 y 118 como 2°)

Observa la Sala que en el segundo de los autos demandados, la Contraloría destacó la culpa en que incurrieron el actor y la otra funcionaria vinculada al juicio fiscal al tomar la decisión unilateral de terminar el contrato del trabajador Florentino Chacón.

Así, advirtió el organismo que "No cabe duda alguna sobre la responsabilidad de los encartados, ya que con su conducta negligente, el primero por su acción y el segundo por su omisión en el cumplimiento de las funciones propias del cargo, permitieron el detrimento mencionado, incurriendo con su actuar en la culpa prevista en el artículo 63 del Código Civil, entendida como "la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, lo que se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano". (negritas fuera del texto)

Dado que la responsabilidad de quien como secretario de Obras Públicas intervino en la desvinculación del trabajador está basada en su conducta culposa, que le produjo un daño a un tercero, es claro para la Sala que estamos frente a una responsabilidad civil del funcionario.

En tales condiciones, lo asiste razón al demandante cuando afirma que lo procedente no era el juicio fiscal adelantado por la Contraloría Distrital sino la acción de repelición establecida en el artículo 90 de la Constitución.

La responsabilidad civil que le pueda corresponder al entonces secretario de Obras Públicas, en relación con la conducta que afectó los derechos del tercero, debe ser declarada por la jurisdicción contencioso-administrativa.

En consecuencia, lo que tenía que iniciar el distrito capital era la acción de repelición, pues es evidente que la conducta desplegada por el entonces funcionario no involucró el manejo de bienes ni de fondos del distrito capital.

Desde esta óptica de su responsabilidad civil, el juicio fiscal no resultaba procedente por carecer la desvinculación del trabajador oficial de relación con la gestión fiscal cuya vigilancia le atribuyó a la Contraloría Distrital de Bogotá.

En esta materia, la Sala acogió el reciente criterio adoptado por el H. Consejo de Estado citado por la parte actora en su alegato de conclusión, según el cual la Contraloría incurrió en falta de competencia cuando declaró la responsabilidad del dicho imputado al ex secretario de Obras.

La reparación de aquel detrimento causado al patrimonio estatal tras la conducta desplegada por el antiguo servidor público tenía que hacerse a través de la acción de repelición cuya legitimación estaba fundada directamente en el artículo 90 de la Constitución.

Al respecto, la aludida tesis sentada por el H. Consejo, al resolver un caso similar al que se debate en este proceso, respecto de una decisión adoptada por la Contraloría de Antioquia, señaló lo siguiente:

"En la Constitución Política coexisten dos normas, a saber, los artículos 90 y 280 numeral 5. Éste en concordancia con el art.

«Art. 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas».

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.» (Destaca la Sala).

En este caso, la responsabilidad del agente deriva de su conducta dolosa o culposa que inflige un daño a terceros, por la cual debe el Estado satisfacer una indemnización y luego repetir contra su agente; es la responsabilidad civil del servidor público para con el Estado, originada en su conducta respecto de terceros. Solamente puede ser declarada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según el artículo 78 del Código de la materia.

A su turno, el artículo 267 de la Constitución preceptúa que la Contraloría vigila la gestión fiscal «de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación». Enseguida, el artículo 268, numeral 5 ídem otorga competencia al Contralor para «Establecer la responsabilidad que se deriva de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.» Es la responsabilidad fiscal, originada en el manejo de fondos o bienes, o sea, en una conducta que recae directamente sobre los fondos o bienes confiados a la administración o custodia del servidor público, y que se resuelve en un saldo que la Constitución denomina «alcance». Esta especie de responsabilidad se establece mediante un acto administrativo de la Contraloría.

Desde esta perspectiva, considera la Sala que no le asiste razón a la apelante en sostener que el proceso de responsabilidad fiscal es una vía igualmente válida que la acción de repetición para perseguir la reparación del detrimento patrimonial infligido al Estado. Si un servidor público, con un acto suyo, doloso o gravemente culposo, que merita...

o fondos, causa su pérdida, inerte en responsabilidad fiscal, cuyo preincumplimiento está reservado a la Contraloría".

Concluye la Sala que el procedimiento adelantado por la Contraloría de Bogotá, como fue el juicio fiscal, no era idóneo para la reparación de aquella condena pagada al trabajador con ocasión del despido dispuesto por el demandante y otra funcionaria.

A instancias del artículo 90 de la Constitución, la restitución de las indemnizaciones causadas con motivo de la conducta de los agentes estatales, tenía que tramitarse a través de la acción de repetición, dando al distrito capital lo correspondiente a la prueba de la culpa.

La inexistencia de una reglamentación específica que permitiera el ejercicio de la acción de repetición no excusaba la invocación equivocada del juicio fiscal, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ya habían sentado las pautas para su ejercicio.

En este sentido, según el criterio de las altas corporaciones, la acción de repetición contemplada en el artículo 90 de la Carta Política tenía que tramitarse por parte de la respectiva entidad a través del procedimiento ordinario propio de la acción de reparación directa.

En esta medida, la corporación estima que aparece probada la alegada vulneración del debido proceso que le correspondía al demandante, en desarrollo de la actuación, lo cual hace que por este primer aspecto el cargo esté llamado a prosperar.

En consecuencia, la Sala declarará la nulidad de los dos autos acusados y dispondrá el restablecimiento del derecho del demandante pero únicamente en el sentido de que no estará obligado a pagar la suma de dinero a que hacen referencia dichos actos.

Al iniciarse el proceso judicial, por requerimiento expreso hecho por el tribunal antes de la admisión de la demanda, la suma cuya responsabilidad fiscal le correspondía al actor fue garantizada mediante la constitución de póliza de compañía de seguros. (fl. 22, edno ppa)

Entonces, al no haber ingresado al patrimonio de la Contraloría de Bogotá, no puede ordenarse la restitución de una suma de dinero que realmente nunca salió de la órbita del patrimonio económico del demandante.

Tampoco puede accederse a la pretensión relacionada con los posibles perjuicios que los actos acusados pudieron causar al actor, dado que en la demanda no señaló qué clase de perjuicios pudo haber sufrido ni aportó prueba alguna de dicha circunstancia.

La condena en costas solicitada por la parte actora no es procedente dado que, desde la perspectiva establecida por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, no fue observada una conducta que amerite su imposición.

La prosperidad del cargo basado en la violación del debido proceso resulta suficiente para la anulación de los actos acusados, razón por la cual la Gala queda relevada del estudio de los restantes argumentos expuestos por el demandante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

Primeramente, Declárese la nulidad del auto No. 097 de abril de 2000 (14) y del auto No. 165 de julio de 2000 (18) del mismo año expedidos por la Contraloría de Bogotá.

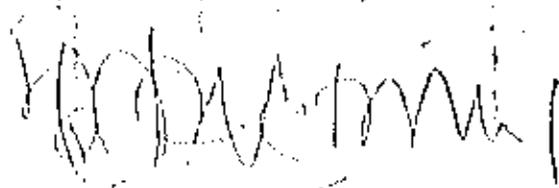
Reconociendo la presencia de la Dra. Magda Cecilia Fajardo
Kondiguz para actuar como apoderada de la Contraloría de
la Cofoca en los términos del poder verbal la folio 24 de anexo
principal.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según acta No.


CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado


LIGIA OLAYA DÍAZ
Magistrada


JOSE HERIBERTO VICTORIA LOZANO
Magistrado